

# ***DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL BRASILEIRO***

---

**ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN\***

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ex-Procurador de Justiça em São Paulo, Fundador e ex-Presidente do Instituto O Direito por um Planeta Verde e do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*

## **1 Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**

### **1.1 Introdução**

A riqueza de "terra e arvoredos", que surpreendeu e, possivelmente, encantou Pêro Vaz de Caminha em 1500, finalmente foi reconhecida pela Constituição brasileira de 1988, passados 488 anos da chegada dos portugueses ao Brasil.

Tantos anos após, ainda há fartura em "terra e arvoredos", mas, definitivamente, o país mudou. Passou de Colônia a Império, de Império a República; alternou regimes autoritários e fases democráticas; viveu diferentes ciclos econômicos; migrou do campo para as cidades; construiu meios de transporte modernos; fomentou a indústria; promulgou Constituições, a começar pela de Dom Pedro I, de 1824; aboliu a escravatura e incorporou direitos fundamentais no diálogo do dia-a-dia. Como é evidente, tudo nesse período evoluiu, menos a percepção da natureza e o tratamento a ela conferido. Somente a partir de 1981, com a

---

\* Ex-Procurador de Justiça em São Paulo. Fundador e ex-Presidente do Instituto O Direito por um Planeta Verde e do BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Professor convidado de Direito Ambiental Comparado e Direito da Biodiversidade, na Universidade do Texas. Relator-geral da Comissão de Juristas da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente. Membro do Steering Committee da Comissão de Direito Ambiental da UICN. Conselheiro do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente. Co-Presidente da INECE – International Network for Environmental Compliance and Enforcement.

promulgação da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), ensaiou-se o primeiro passo em direção a um paradigma jurídico-econômico que holisticamente tratasse e não maltratasse a terra, seus arvoredos e os processos ecológicos essenciais a ela associados. Um caminhar incerto e talvez insincero a princípio, em pleno regime militar, que ganhou velocidade com a democratização em 1985 e recebeu extraordinária aceitação na Constituição de 1988.

Numa época de saudável globalização do debate constitucional<sup>59</sup>, poucos, à exceção dos iniciados, dão-se realmente conta do avanço extraordinário que as Constituições significaram na evolução dos povos e regimes políticos contemporâneos. Realmente, é difícil ao cidadão mediano aquilatar o papel simbólico e prático da norma constitucional no processo civilizatório, como marco indicador da transição entre dois modelos de Estado: um, avesso a rédeas pré-definidas; outro, regrado por pólos normativos objetivos, simultaneamente freio de autoridade e medida de liberdade.

As primeiras Constituições tinham por objetivo principal estabelecer, no plano institucional, a mecânica governamental básica e, na perspectiva substantiva, resguardar o cidadão contra governantes arbitrários, penas vexatórias ou cruéis, assim como contra apropriação da propriedade privada sem justa causa ou indenização. Não era sem razão, portanto, que a Constituição se organizava em feixes heterogêneos de direitos obrigações de cunho a um só tempo bilateral (= indivíduo *versus* Estado) e negativo (= imposição ao Estado de deveres de *non facere*). Muito desse arranjo bipolar é coisa do passado. Hoje, em boa parte do mundo, além de ameaças à liberdade física e política, as pessoas comuns

---

<sup>59</sup> Fala-se, inclusive, em "constitucionalismo global", cf. ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, p. 771, 1997.

se preocupam com receios de outra natureza e grandeza, típicos daquilo que se vem denominando sociedade de riscos<sup>60</sup>.

Nesse complexo quadro de aspirações individuais e sociais, ganham relevo categorias novas de expectativas (e a partir daí, de direitos), cujos contornos estão em divergência com a fórmula clássica do eu-contra-o-Estado, ou até da sua versão welfarista mais moderna, do nós-contra-o-Estado<sup>61</sup>. Seguindo tal linha de análise, a ecologização do texto constitucional traz um certo sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – do nós-todos-em-favor-do-planeta. Nessa, comparando-a com os paradigmas anteriores, nota-se que o eu individualista é substituído pelo nós coletivista, e o típico nós welfarista (o conjunto dos cidadãos em permanente exigência de iniciativas compensatórias do Estado) passa a agregar, na mesma vala de obrigados, sujeitos públicos e privados, reunidos numa clara, mas constitucionalmente legitimada, confusão<sup>62</sup> de posições jurídicas; finalmente, e em consequência disso tudo, o rigoroso adversarismo, a técnica do eu/nós contra o Estado ou contra nós mesmos, transmuda-se em solidarismo positivo, com moldura do tipo em favor de alguém ou algo.

Não há aí simples reordenação cosmética da superfície normativa, constitucional e infra-constitucional. Ao revés, trata-se de operação mais sofisticada, que resulta em tríplice fratura no paradigma vigente: a diluição das posições formais rígidas entre credores e devedores (a todos se atribuem, simultaneamente, o direito ao meio

---

<sup>60</sup> Cf. BECK, Ulrich. **Risk society**: toward a new modernity. London: Sage, 1992. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>61</sup> Sobre a evolução histórica do Estado Social, cf. ASA BRIGGS. The Welfare State in historical perspective. In: ASA BRIGGS. **The Collected Essays of Asa Briggs**. Urbana, University of Illinois Press, 1985, p. 177

<sup>62</sup> "Confusão" aqui no seu sentido usual do Direito das Obrigações. Segundo o Código Civil de 2002, "Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor" (art. 381, repetindo idêntica regra do Código de 1916).

ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de protegê-lo); a irrelevância da distinção entre sujeito estatal e sujeito privado, conquanto a degradação ambiental pode ser causada, indistintamente, por um ou pelo outro, e até, com freqüência, por ambos de maneira direta ou indiretamente concertada; e, finalmente, o enfraquecimento da separação absoluta entre os componentes naturais do entorno (o objeto, na expressão da dogmática privatística) e os sujeitos da relação jurídica, com a decorrente limitação, em sentido e extensão ainda incertos, do poder de disposição destes (= *dominus*) em face daqueles (= *res*).

O que causou essa intrigante, não obstante obscura, mudança de estrutura constitucional? Errará quem apostar em uma inovação de moda, por isso efêmera, destituída de bases objetivas e alheia a necessidades humanas latentes e prementes, que usualmente antecedem o desenho da norma. Dificilmente, na experiência comparada, encontram-se instâncias em que transformações constitucionais de fundo sucedem por simples acidente de percurso ou capricho do destino. Aqui, sucede o mesmo, pois é a crise ambiental, acirrada após a Segunda Guerra<sup>63</sup>, que libertará forças irresistíveis, verdadeiras correntes que levarão à ecologização da Constituição, nos anos 70 e seguintes.

Crise ambiental essa que ninguém mais disputa sua atualidade e gravidade. Crise que é multifacetária e global, com riscos ambientais de toda ordem e natureza: contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos, bem como perda crescente da biodiversidade planetária. Já não são ameaças que possam ser enfrentadas exclusivamente pelas autoridades públicas (a fórmula do nós-contra-o-Estado), ou mesmo por iniciativas individuais isoladas, pois vítimas são e serão todos os membros da comunidade, afetados indistintamente<sup>64</sup>, os de hoje e os de amanhã, isto é, as gerações futuras.

---

<sup>63</sup> Cf. MCNEILL R. **Something new under the sun**: an environmental history of the twentieth-century world, W.W. Norton, 2001.

<sup>64</sup> FREYFOGLE, Eric T. Should we green the bill? **University of Illinois Law Review**, v. 1992, p. 166.

São riscos que à insegurança política, jurídica e social acrescentam a insegurança ambiental, patologia daquilo que o legislador brasileiro, com certa dose de imprecisão, chama de meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>65</sup> e, por vezes, de qualidade ambiental<sup>66</sup>.

Em tal pano de fundo, bem se compreende que, nos dias atuais, os cidadãos não se satisfaçam com uma simples carta de direitos básicos, do tipo *Bill of Rights*, destinada a livrar os cidadãos dos abusos do Estado-Rei, sempre pronto para espalhar opressão entre seus súditos. Hoje, espera-se mais dessas salvaguardas, em especial que sejam dirigidas não apenas contra o Poder Público solitário, mas que também vinculem uma poderosa minoria de sujeitos privados que, em vários terrenos e no ambiental em especial, aparecem não exatamente como vítimas indefesas de abusos estatais, mas, ao contrário, como sérios candidatos à repreensão e correção<sup>67</sup> por parte da norma (inclusive a constitucional) e de seus implementadores.

Só em meados da década de 70 – por uma conjunção de fatores, que não interessa aqui esmiuçar – os sistemas constitucionais começaram, efetivamente, a reconhecer o ambiente como valor merecedor da tutela maior<sup>68</sup>; esse, sem dúvida, um daqueles raros momentos, que ocorrem de tempos em tempos, em que o senso de civilização é redefinido, para usar a expressão feliz do geógrafo Carl O. Sauer<sup>69</sup>. Há, em tal constatação, um aspecto que impressiona, pois na

---

<sup>65</sup> Constituição da República, art. 225, *caput*.

<sup>66</sup> Lei n. 6.938/81, art. 2º, *caput*.

<sup>67</sup> RODGERS JÚNIOR, William H. **Environmental law**. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1994, p. 66.

<sup>68</sup> Aqui cabe destacar a experiência dos antigos países comunistas do leste europeu, dos primeiros a constitucionalizar o meio ambiente (por exemplo, a Polônia, em 1976), mas que pouco fizeram para implementar tais garantias. Para uma análise da situação após a queda do Muro de Berlim, cf. BROWN, Elizabeth F. In defense of environmental rights in East European constitutions. **University of Chicago Law School Roundtable**, 1993, p. 191-217. GRAVELLE, Ryan K. Enforcing the elusive: environmental rights in East European constitutions. **Virginia Environmental Law Journal**, v. 16, 1997, p. 633-660.

<sup>69</sup> SAUER, Carl O. The agency of man on the earth. In: THOMAS JR., William L. (ed.). *Man's role in changing the face of the earth*. v. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1956, p. 68.

história do Direito poucos valores ou bens tiveram uma trajetória tão espetacular, passando, em poucos anos, de uma espécie de nada-jurídico ao ápice da hierarquia normativa, metendo-se com destaque nos pactos políticos nacionais.

Olhando em volta, é seguro dizer que a constitucionalização do ambiente é uma irresistível tendência internacional, que coincide com o surgimento e consolidação do Direito Ambiental<sup>70</sup>. Mas, constitucionalizar é uma coisa; constitucionalizar bem, outra totalmente diversa. Ninguém deseja uma Constituição reconhecida pelo que diz e desprezada pelo que faz ou deixa de fazer<sup>71</sup>. Nessa evolução acelerada, numa primeira onda de constitucionalização ambiental, sob a direta influência da Declaração de Estocolmo de 1972, vieram as novas Constituições dos países europeus que se libertavam de regimes ditatoriais, como a Grécia (1975)<sup>72</sup>, Portugal (1976)<sup>73</sup> e Espanha (1978)<sup>74</sup>. Posteriormente, num segundo

<sup>70</sup> Consolidação esta que não é pacífica, pois, lembra Vladimir Passos de Freitas, alguns ainda relutam em aceitar o Direito Ambiental como "um ramo novo do Direito que se distingue de todos os demais". FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

<sup>71</sup> Sobre as consequências das normas constitucionais, mormente daquelas definidoras de direitos, cf. ALEXY, Robert. **A Theory of constitutional rights**. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 365.

<sup>72</sup> Trata-se do art. 24: "1) A proteção do meio ambiente natural e cultural constitui uma obrigação do Estado. O Estado tomará medidas especiais, preventivas ou repressivas, com o fim de sua conservação. A lei regula as formas de proteção das florestas e espaços com arborizados em geral. Está proibida a modificação da afetação das florestas e espaços arborizados patrimoniais, salvo se sua exploração agrícola tiver prioridade do ponto de vista da economia nacional ou de qualquer outro uso de interesse público; 2) A gestão do território, a formação, o desenvolvimento, o urbanismo e a extensão das cidades e regiões urbanizáveis são regulamentadas e controladas pelo Estado, com o fim de assegurar a funcionalidade e desenvolvimento das aglomerações humanas e as melhores condições de vida possível; 3) Os monumentos assim como os lugares históricos e seus componentes estão sob a proteção do Estado. A lei fixa as medidas restritivas da propriedade para assegurar esta proteção, assim como as modalidades e natureza da indenização dos proprietários prejudicados".

<sup>73</sup> Estabelece o atual art. 66 ("Ambiente e Qualidade de Vida") da Constituição portuguesa: "1 – Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2 – Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e paisagens biologicamente equilibradas; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o



grupo, ainda em período fortemente marcado pelos padrões e linguagem de Estocolmo, foi a vez de países como o Brasil<sup>75</sup>. Finalmente, após a Rio-92, outras Constituições foram promulgadas ou reformadas, incorporando, expressamente, novas concepções, como a de desenvolvimento sustentável, biodiversidade e precaução. O exemplo mais recente deste grupo retardatário é a França, que em 2005 adotou sua *Charle de l'environnement*<sup>76</sup>.

aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de remoção e a estabilidade ecológica".

<sup>74</sup> A Constituição espanhola inspirou-se, genericamente, na Declaração de Estocolmo e, de modo mais imediato, na Constituição portuguesa de 1976. Cf., nesse ponto, MATEO, Ramón Martín. **Manual de derecho ambiental**. Madrid: Trivium, 1995, p. 107. Assim dispõe seu art. 45: "1) Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo; 2) Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la inexcusable solidaridad colectiva; 3) Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

<sup>75</sup> Sobre a proteção constitucional do meio ambiente no Brasil, dentre outros, BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão, função ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. BENJAMIN, Antônio Herman V.; SÍCOLI, José Carlos Meloni; SALVINI, Paulo Roberto. **Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente**. São Paulo: Procuradoria-Geral da Justiça, 1997. FIORDILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. MJLARÉ, Edis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994. LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, e **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998 (coord.).

<sup>76</sup> A *Charte de l'environnement* fala, expressamente, em desenvolvimento sustentável (preâmbulo e art. 6º), princípio da precaução (art. 5º), e diversidade biológica (preâmbulo). Cf., ainda, dentre outras, a Constituição argentina de 1994, na qual se observa, claramente, a influência da definição de desenvolvimento sustentável de "Nosso Futuro Comum" (a exigência de que "las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras"): "Artículo 41 – Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los pres supuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarias, sin que aquéllas

Sob o prisma teórico, a abordagem constitucional do ambiente admite diversos enfoques. Em todos eles, contudo, interessará conhecer os possíveis modelos éticos e técnicos que vêm sendo propostos e utilizados, para, a partir daí, melhor apreciar suas repercussões concretas no campo legislativo ordinário e na implementação das normas jurídico-ambientais. Nessa empreitada, o estudo comparado é deveras útil, não só para projetar a nova visão constitucional em tela panorâmica, mas também para aproximá-la, internamente, dos fundamentos sócio-culturais que informam o comportamento de seus destinatários. Afinal, como bem lembra Mark Tushnet, a "experiência comparada é legalmente irrelevante, a não ser que possa se conectar com argumentos já disponíveis no sistema jurídico interno"<sup>77</sup>. O pior risco, nesses momentos de reviravolta constitucional, é importar idéias, objetivos, princípios e instrumentos de uma tradição jurídica sem entender, na origem, sua gênese e inserção cultural<sup>78</sup>.

O presente ensaio volta a atenção, essencialmente, para os aspectos técnicos da constitucionalização, o que obriga a abstrair completamente questões mais amplas, como o fenômeno dos "transplantes legais", tão visíveis nessa matéria<sup>79</sup>. Somente de forma indireta ou superficial, aqui e ali, comentam-se, por serem inevitáveis, alguns arranjos institucionais que decorrem do texto constitucional, bem como as influências éticas que acabam por nele se refletir<sup>80</sup>. A constitucionalização do ambiente emerge, nos primeiros momentos, em

---

alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos".

<sup>77</sup> TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. **Yale Law Journal**, v. 108, 1999, p. 1307.

<sup>78</sup> HOWARD, A. E. Dick. The indeterminacy of constitutions. **Wake Forest Law Review**, v. 31, p. 403, 1996.

<sup>79</sup> Sobre "transplantes legais", cf., genericamente, WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. 2 ed. 1993. No campo ambiental, cf. WIENER, Jonathan B. Something borrowed for something blue: legal transplants and the evolution of global environmental law. **Ecology Law Quarterly**, v. 27, p. 1295, 2001.

<sup>80</sup> Cf., quanto aos fundamentos éticos do Direito Ambiental, BENJAMIN, Antônio Herman V. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Caderno Jurídico**, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 1, n. 2, p. 151-171, 2001.



fórmula estritamente antropocêntrica, espécie de componente mais amplo da vida e dignidade humanas; só mais tarde, componentes biocêntricos são borrifados no texto constitucional ou na leitura que deles se faça; nesse último caso, pelo menos, mitigando a vinculação normativa exclusiva a interesses de cunho estritamente utilitarista<sup>81</sup>.

Inicialmente, será feita uma breve abordagem dos fundamentos constitucionais do Direito Ambiental e das características gerais dos modelos existentes, para, em seguida, tratar da conveniência (benefícios e riscos) da constitucionalização. Após, analisar-se-á a proteção do meio ambiente na Constituição brasileira de 1988, destacando a evolução histórica da matéria, as técnicas nela adotadas (direitos e deveres fundamentais, princípios ambientais, função ecológica da propriedade, objetivos públicos vinculantes, programas públicos abertos, instrumentos, e ecossistemas especialmente resguardados). Finalmente, antes das conclusões, brevemente, serão tecidas considerações a respeito da Ordem Pública Ambiental constitucionalizada, do Estado de Direito Ambiental e da implementação das disposições constitucionais.

### **1.1.1 Importância da análise dos fundamentos constitucionais do Direito Ambiental**

A ecologização da Constituição não é cria tardia de um lento e gradual amadurecimento do Direito Ambiental, o ápice que simboliza a consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica de mundo. Muito ao contrário, o meio ambiente ingressa no universo constitucional em pleno período de formação do Direito Ambiental. A experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional.

Considerando a lentidão da prática constitucional, é precipitado falar em teoria constitucional do ambiente como algo que se

---

<sup>81</sup> Cf. Karl-Heinz Ladeur, *Environmental constitutional law*, in Gerd Winter (ed.), *European Environmental Law: a comparative perspective*. Aldershot: Dartmouth, 1994, p. 18.

aflora natural e facilmente no discurso dos constitucionalistas. Isso, apesar de o Direito Ambiental, como disciplina jurídica, ter alcançado, nos dias atuais, o patamar da maturidade, com ares de autonomia<sup>82</sup>, após uma evolução de pouco mais de trinta anos, muito breve para os padrões jurídicos normais. Mas nem mesmo aqui, isto é, no terreno mais sólido do panorama infraconstitucional, a obra está totalmente construída. Um dos piores erros dos jus-ambientalistas é enxergar, nos "direitos ambientais", concepções auto-evidentes, para as quais descaberia ou seria desnecessário procurar subsídios dogmáticos ou explicação teórica. Em outras palavras, seria puro desperdício de tempo e energia a verificação das bases teóricas da disciplina, notadamente aquelas de fundo constitucional, na medida em que ninguém, nem mesmo seus críticos, ainda se dão ao trabalho de questionar a importância e legitimidade da atenção que o Direito vem dedicando e deve dedicar à degradação ambiental.

Nada mais equivocado. O conteúdo e o campo de aplicação do Direito Ambiental parecem insuficientemente explorados na mesma proporção em que a disciplina aparenta se justificar e se bastar em si mesma. Muito menos o campo dos direitos e obrigações que a compõem, relações jurídicas altamente complexas e ainda cobertas por uma certa aura de ambigüidade<sup>83</sup> e muito de incerteza, o que, em rigor, prejudica seu entendimento e, pior, dificulta sua efetividade, podendo mesmo, em certas circunstâncias, inviabilizar a realização concreta de seus elevados objetivos.

Em países conhecidos por prestarem obediência a norma ordinária e ignorarem ou desprezarem a norma constitucional (como o Brasil), mais relevante ainda é essa busca dos fundamentos remotos do Direito Ambiental, pouco importando que ele, na superfície, transmita uma

---

<sup>82</sup> Não se tome, contudo, *autonomia* por independência.

<sup>83</sup> SAX, Joseph L. The search for environmental rights. In: **Journal of Land Use & Environmental Law**, v. 6, 1990, p. 96.

falsa aparência de consistência e consolidação. Evidentemente, a diligência e a configuração teóricas devem começar e terminar pela norma constitucional, pois não é papel da Constituição confirmar, em juízo posterior, o Direito Ambiental aplicado (e, infelizmente, amiúde mal-aplicado), mas determinar, de forma preambular, seus rumos e até existência.

Os fundamentos dorsais do Direito Ambiental, ao contrário do que se dava com as disciplinas jurídicas clássicas, encontram-se, em maior ou menor medida, expressamente apresentados em um crescente número de Constituições modernas; é a partir delas, portanto, que se deve montar o edifício teórico da disciplina. Somente por mediação do texto constitucional enxergaremos – espera-se – um novo paradigma ético-jurídico, que é também político-econômico, marcado pelo permanente exercício de fuga da clássica compreensão coisificadora, exclusivista, individualista e fragmentária da biosfera.

Coube à Constituição – do Brasil, mas também de muitos outros países – repreender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em boa hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos a longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso-limitado (e até não-uso). O universo dessas novas ordens constitucionais, afastando-se das estruturas normativas do passado recente, não ignora ou despreza a natureza, nem é a ela hostil.

Muito ao contrário, na Constituição, inicia-se uma jornada fora do comum, que permite propor, defender e edificar uma nova ordem pública, como será visto adiante, centrada na valorização da responsabilidade de todos para com as verdadeiras bases da vida, a Terra.

## **1.2 Características dos modelos constitucionais ambientais**

A constitucionalização de determinado valor ou bem, notadamente em momentos de ruptura política, não é, vale repetir, mero exercício aleatório, traduzindo, com frequência, certo modelo normativo, que cobiça reescrever, em maior ou menor medida, a estrutura constitucional e infraconstitucional então vigente. Um estudo comparado dos regimes de proteção constitucional do meio ambiente vai identificar cinco características comuns, que, de uma forma ou de outra e com pequenas variações, informam seus textos<sup>84</sup>.

Primeiro, adota-se uma compreensão sistêmica (= orgânica ou holística) e legalmente autônoma do meio ambiente, determinando um tratamento jurídico das partes a partir do todo, precisamente o contrário do paradigma anterior. Com apoio nas palavras de Pontes de Miranda, empregadas em outro contexto, é possível afirmar que nesses dispositivos constitucionais "não se veio do múltiplo para a unidade. Vai-se da unidade para o múltiplo"<sup>85</sup>.

Além disso, é indisfarçável o compromisso ético de não empobrecer a Terra e a sua biodiversidade, almejando, com isso, manter as opções das futuras gerações e garantir a própria sobrevivência das espécies e de seu habitat. Fala-se em equilíbrio ecológico, prevêm-se áreas protegidas, combate-se a poluição, protege-se a integridade dos biomas e ecossistemas, reconhece-se o dever de recuperar o meio ambiente degradado, tudo isso indicando o intuito de assegurar no amanhã um planeta em que se mantenham e se ampliem, quantitativa e qualitativamente, as condições que propiciam a vida em todas as suas formas.

Terceiro, estimula-se a atualização do direito de propriedade, de forma a torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, isto é, reescrevendo-o sob a marca da sustentabilidade. Esboça-se, dessa

---

<sup>84</sup> Ibid., p. 105.

<sup>85</sup> PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. 1.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 313 (grifo no original).

maneira, em escalas variáveis, uma nova dominialidade dos recursos naturais, seja pela alteração direta do domínio de certos recursos ambientais (água, p. ex.), seja pela mitigação dos exageros degradadores do direito de propriedade, com a ecologização de sua função social, como melhor será visto adiante.

Quarto, desenha-se uma clara opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem-informados e democráticos, estruturados em torno de um devido processo ambiental (= *due process* ambiental<sup>86</sup>). O Direito Ambiental – constitucionalizado ou não – é uma disciplina profundamente dependente da liberdade de participação pública e do fluxo permanente e desimpedido de informações de toda ordem. Em regimes ditatoriais ou autoritários, a norma ambiental não vinga, permanecendo, na melhor das hipóteses, em processo de hibernação letárgica, à espera de tempos mais propícios à sua implementação, como se deu com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981, até a consolidação democrática (política e do acesso à justiça) do país, em 1988.

Finalmente, em Constituições mais recentes, observa-se uma nítida preocupação com a implementação, isto é, com a indicação, já no próprio texto constitucional, de certos direitos e deveres relacionados à eficácia do Direito Ambiental e dos seus instrumentos, visando a evitar que a norma maior (mas também a infraconstitucional) assuma uma feição retórica – bonita à distância e irrelevante na prática. O Direito Ambiental tem aversão ao discurso vazio; é uma disciplina jurídica de resultado, que só se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras.

### **1.3 Conveniência da proteção constitucional do ambiente**

No debate constitucional, uma pergunta inicial que se põe é a seguinte: seria a constitucionalização da proteção do ambiente, se não

---

<sup>86</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. **Revista Forense**, v. 317, p. 34, 1992.

indispensável, pelo menos útil à atuação do legislador ordinário e do implementador (órgãos ambientais, juízes, Ministério Público, ONGs e vítimas de degradação)?

A experiência comparada parece indicar que, embora não necessariamente imprescindível, o reconhecimento constitucional expresso de direitos e deveres ambientais é, jurídica e praticamente, benéfico, devendo, portanto, ser estimulado e festejado. Um regime constitucional cuidadosamente redigido, de modo a evitar dispositivos nebulosos e de sentido incerto, pode muito bem direcionar e até moldar a política nacional do meio ambiente<sup>87</sup>.

No passado, antes mesmo do movimento de constitucionalização da proteção do ambiente, a inexistência de previsão constitucional inequívoca não inibiu o legislador, aqui como lá fora, de promulgar leis e regulamentos que, de uma forma ou de outra, resguardavam os processos ecológicos e combatiam a poluição. Foi assim, p. ex., no Brasil, com o Código Florestal (1965), a Lei de Proteção à Fauna (1967) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981), normas extremamente avançadas e todas editadas em período anterior à Constituição de 1988.

Ainda hoje, uns poucos, mas importantes, sistemas jurídicos, aí incluindo-se os Estados Unidos<sup>88</sup>, protegem o ambiente sem contar com apoio expresso ou direto na Constituição. Nesses casos, como ocorreu

---

<sup>87</sup> GRAVELLE, Ryan K. Enforcing the elusive: environmental rights in East European constitutions. In: **Virginia Environmental Law Journal**, v. 16, 1997, p. 660.

<sup>88</sup> Ao contrário da Constituição da República, várias Constituições Estaduais incorporaram, expressamente, a proteção do meio ambiente. Uma das razões que levaram ao naufrágio das várias emendas apresentadas, no início dos anos 70, no Congresso norte-americano, foi o enorme sucesso na aprovação de leis ambientais modernas e inovadoras, como o NEPA – National Environmental Policy Act de 1969, vitórias essas que fortaleceram o argumento da desnecessidade de uma emenda constitucional (SCHLICKENSEN, Rodger. The argument for a constitutional amendment to protect living nature. In: SNAPE, William J. Biodiversity and the law. Washington: Island Press, 1996, p. 221). Dos cinquenta Estados, mais de um terço deles conta com normas constitucionais expressas reconhecendo e protegendo o meio ambiente (THOMPSON JR., Barton H. Environmental Policy and the State Constitutions: the potential role of substantive guidance. In: **Rutgers Law Journal**, v. 27, 1996, p. 871).

aqui antes de 1988, doutrinadores e juízes procuram "depreender de outros princípios ou de outros direitos um princípio de defesa do ambiente, com as decorrências inerentes"<sup>89</sup>.

Não obstante essa constatação de razoável inofensividade da lacuna constitucional, razões várias recomendam a constitucionalização do ambiente, uma tendência mundial que não passou despercebida ao constituinte brasileiro de 1988.

Superada a questão genérica da conveniência da constitucionalização, é oportuno tratar dos seus benefícios e dos riscos específicos.

#### **1.4 Benefícios da constitucionalização**

Mais do que um abstrato impacto político e moral<sup>90</sup>, a constitucionalização do ambiente traz consigo benefícios variados e de diversas ordens, bem palpáveis, pelo impacto real que podem ter na (re)organização do relacionamento do ser humano com a natureza.

Alguns apresentam caráter substantivo, material ou interno, isto é, reorganizam a estrutura profunda de direitos e deveres, assim como da própria ordem jurídica. Outros, diversamente, relacionam-se com a afirmação concreta ou implementação das normas de tutela ambiental – são benefícios formais ou externos. Trata-se-á, primeiramente, dos benefícios substantivos.

##### **1.4.1 Primeiro benefício substantivo: estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada**

O primeiro aspecto positivo que se observa nos vários regimes constitucionais do meio ambiente, especialmente no brasileiro, é a instituição de um inequívoco dever de não degradar, contraposto ao

---

<sup>89</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 472.

<sup>90</sup> PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 65.



direito de explorar, inerente ao direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

No campo dos recursos naturais e do uso da terra, tal transmutação implica a substituição definitiva do regime de explorabilidade plena e in-condicionada (com limites mínimos e pulverizados, decorrentes, p. ex., das regras de polícia sanitária e da proteção dos vizinhos) pelo regime de explorabilidade limitada e condicionada (com limites amplos e sistemáticos, centrados na manutenção dos processos ecológicos). Limitada, porque nem tudo que integra a propriedade pode ser explorado; condicionada, porque mesmo aquilo que, em tese, pode ser explorado, depende da observância de certas condições impostas abstratamente na lei e concretamente em licença ambiental exigível.

Trata-se de dever constitucional auto-suficiente e com força vinculante plena, dispensando, na sua aplicação genérica, a atuação do legislador ordinário. É, por outro lado, dever inafastável, tanto pela vontade dos sujeitos privados envolvidos como a pretexto de exercício de discricionariedade administrativa. Vale dizer, é dever que, na estrutura do edifício jurídico, não se insere na esfera da livre opção dos indivíduos<sup>91</sup>, públicos ou não.

É ainda dever de cunho atemporal e transindividual, o que traz conseqüências, como será analisado em seguida, no campo da prescrição, do direito adquirido e da livre movimentação ou transferência de bens no mercado; como dever de ordem pública, não cabe escolha entre respeitá-lo ou desconsiderá-lo, abrindo-se, nessa última hipótese, a avenida dos instrumentos preventivos, reparatórios e sancionatórios, postos à disposição do Estado, das vítimas e dos sujeitos intermediários, como ONGs.

---

<sup>91</sup> BROOKS, Richard O. A constitutional right to a healthful environment. **Vermont Law Review**, v. 16, p. 1110, 1992.

Por último, formulado como dever intrínseco ao direito de propriedade, cabe ao obrigado, que pretenda exercer seu domínio ou posse, provar que o fará em conformidade com as exigências da manutenção dos atributos essenciais do meio ambiente. Aqui, outra consequência do reconhecimento constitucional do dever: a inversão do ônus da prova da inofensividade, matéria que se manifestará, com maior clareza, na aplicação do princípio da precaução.

#### **1.4.2 Segundo benefício substantivo: a ecologização da propriedade e da sua função social**

Como é sabido, todas as Constituições filiadas ao princípio da livre iniciativa garantem o direito de propriedade privada, inclusive a do Brasil<sup>92</sup>. A grande diferença entre as Constituições mais antigas e as atuais é que nestas o direito de propriedade aparece ambientalmente qualificado.

Em rigor, a crise ambiental dos últimos cem anos não deixa, até certo ponto, de ser também um dos subprodutos dos exageros do modelo anterior de domínio, em que, à míngua de determinações legais explícitas restritivas da exploração predatória e não sustentável dos recursos naturais, preconizava-se que ao proprietário tudo era permitido – inclusive destruir o que lhe pertencesse – desde que respeitados alguns limites mínimos, como já visto, conectados à satisfação de contra-interesses de seus vizinhos individuais e das normas de polícia sanitária.

É certo que mesmo as Constituições editadas na primeira metade do século XX atribuíam ao direito de propriedade uma função social. Não bastou, seja porque o Judiciário e a doutrina civilística nunca investiram muito na concretização dessa destinação social, seja porque a própria idéia de função social não levava, necessária e claramente, a uma

---

<sup>92</sup> No caso da Constituição brasileira, cf. os arts. 52, XXII ("direito de propriedade") e 170, *caput* ("livre iniciativa").

maior sensibilidade com a fragilidade da natureza. Fazia-se necessário contrabalançar a hiper-ênfase no direito de propriedade<sup>93</sup>.

Era imperioso, pois, contrabalançar o rigor privatístico e a visão ambientalmente asséptica da função social (= coisificação exagerada da natureza), corrigindo, já a meio caminho, as distorções produzidas por uma doutrina e jurisprudência alheias à sorte do meio ambiente. A princípio, tal aspiração foi tentada com o uso da função social da propriedade, já que seu objetivo original, embora não exatamente ambiental, era viabilizar a intervenção do Estado na regulação do trabalho, das relações contratuais e do mercado em geral, o que, em tese, abriria as portas para outros e novos valores sociais de índole pós-industrial.

Daí que, até a década de 70, imaginava-se que, como expressão renovadora do conteúdo do direito de propriedade, a função social genérica serviria de ponto de partida e apoio ao ajustamento conclamado pelas novas demandas sociais abrigadas pelo Estado Social, aí se incluindo o meio ambiente. Em tal ótica, mesmo sem um reconhecimento explícito do meio ambiente como tal no quadro constitucional, uma releitura interpretativa (legislativa e judicial) da função social bastaria para legitimar um novo regime jurídico da natureza, agregando aspectos ecológicos ao uso (e abuso) da propriedade.

Mas, o Brasil tem prática, a transformação e a evolução do Direito via labor exegético levam tempo. E tempo é exatamente o que não temos em sede ambiental, diante do caráter catastrófico ou irreversível<sup>94</sup> de muitos dos atentados à natureza. Sendo assim, logo a fórmula da ampliação interpretativa da função social da propriedade mostrou-se insuficiente, tanto no campo doutrinário como no terreno da jurisprudência. Não é fácil mudar, por meio tão indireto, fragmentário e

---

<sup>93</sup> SCHLICKEISEN, Rodger. Op. cit., p. 222.

<sup>94</sup> PRIEUR, Michel. Op. cit., p. 945.

incerto, todo um paradigma de exploração não sustentável dos recursos naturais. Sem falar que, até hoje, a função social, em si mesma, ainda busca sua afirmação concreta no campo das decisões judiciais.

A ecologização da Constituição, portanto, teve o intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (= sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental. Os arts. 170, VI, e 186, II, da Constituição brasileira, inserem-se nessa linha de pensamento de alteração radical do paradigma clássico da exploração econômica dos chamados bens ambientais. Com novo perfil, o regime da propriedade passa do direito pleno de explorar, respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitados a saúde humana e os processos e funções ecológicas essenciais.

A tutela expressa do meio ambiente nas Constituições mais recentes, por poder constituinte originário ou derivado, reitera a função social da propriedade, ou, para utilizar a expressão de Guilherme Purvin, enfatiza a "dimensão ambiental da função social da propriedade"<sup>95</sup>. Também relegitima, numa perspectiva mais ampla e profunda, direitos que, de uma forma ou de outra, os indivíduos e a coletividade, não obstante o silêncio do texto constitucional, sempre foram considerados detentores, na medida em que correlates a limites intrínsecos do direito de propriedade privada, justificados sob o império da preservação da vida e de suas bases naturais.

Em tal equação renovada da propriedade e dos direitos de usá-la, não são incomuns, nem causam estranheza, o reconhecimento da inversão do ônus da prova da inofensividade da atividade proposta, como aludido atrás, bem como a ampliação da exigência de licenciamento (com

---

<sup>95</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A propriedade no direito ambiental: a dimensão ambiental da função social da propriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: ADCOAS/Ed. Esplanada, 2005, p. 20 (grifo no original).

"licenças" com prazo certo) e a responsabilidade objetiva na reparação dos danos causados<sup>96</sup>.

Numa palavra, aí fica evidenciado o fim redistributivo do Direito Ambiental, reorganizando o endereçamento dos benefícios e custos ambientais. Trata-se de inversão da injusta realidade da degradação ambiental, que, na sua essência, não deixa de ser uma apropriação indevida (e, agora, também constitucionalmente desautorizada) de atributos ambientais, em que os benefícios são monopolizados por poucos (= os poluidores) e os custos são socializados entre todos (= a coletividade, presente e futura).

#### **1.4.3 Terceiro benefício substantivo: a proteção ambiental como direito fundamental**

Além da instituição desse inovador "dever de não degradar" e da ecologização do direito de propriedade, os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental<sup>97</sup>, em pé de igualdade (ou mesmo, para alguns doutrinadores, em patamar superior) com outros também previstos no quadro da Constituição, entre os quais se destaca, por razões óbvias, o direito de propriedade.

Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que

---

<sup>96</sup> CHIAPPINELLI, John A. The right to a clean and safe environment: a case for a constitutional amendment recognizing public rights in common resources. **Buffalo Law Review**, v. 40, p. 604, 1992.

<sup>97</sup> BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. Constitutional entrenchment of environmental protection: a comparative analysis of experiences abroad. **Harvard Environmental Law Review**, v. 16, p. 8-9, 1992.

outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar.

Tanto como dever de não degradar, como na fórmula de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a constitucionalização presta-se para contrabalançar as prerrogativas tradicionais do direito de propriedade, o que enseja novas e fortalece velhas limitações implícitas e explícitas, acima referidas.

Concretamente, portanto, pode-se ganhar muito, no terreno dogmático e da implementação, com o estabelecimento de um direito fundamental dessa natureza. Assim, dentre outros benefícios diretos, temos que, como direito fundamental, sua norma estatuidora conta com aplicabilidade imediata<sup>98</sup>, tema a que se voltará adiante.

#### **1.4.4 Quarto benefício substantivo: legitimação constitucional da função estatal reguladora**

Uma das missões das normas constitucionais é estabelecer o substrato normativo que circunda e orienta o funcionamento do Estado. Nesse sentido, a inserção da proteção ambiental na Constituição legitima e facilita – e, por isso, obriga – a intervenção estatal, legislativa ou não, em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos essenciais. Em tempos de declínio de confiança nas instituições estatais<sup>99</sup> e de redução da presença do Estado na economia, é providência bem-vinda. Da intervenção excepcional e pontual, típica do modelo liberal, passa-se à intervenção imposta e sistemática. Em tal cenário, já não se requer apelos a desastres naturais (liberalismo), nem a catástrofes econômicas (welfarismo) para justificar o protagonismo ecológico do Estado. Para tanto, basta a crise ambiental, devidamente notada pelo texto constitucional.

---

<sup>98</sup> "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (Constituição da República, art. 5º, § 1º).

<sup>99</sup> BROOKS, Richard O. A constitutional right to a healthful environment, cit., p. 1107.

Ou seja, diante do novo quadro constitucional, a regulação estatal do ambiente dispensa justificação legitimadora, baseada em técnicas interpretativas de preceitos tomados por empréstimo, pois se dá em nome e causa próprios. Em face da exploração dos recursos naturais, a ausência do Poder Público, por ser a exceção, é que demanda cabal justificativa, sob pena de violação do dever inafastável de (prontamente) agir e tutelar.

Nessa linha de pensamento, os comandos constitucionais fincam, como será tratado em seguida, os marcos divisórios daquilo que se pode denominar ordem pública ambiental constitucionalizada, baseada na explorabilidade limitada e condicionada da natureza, atrás mencionada.

Os direitos ambientais são umbilicalmente associados à agenda renovada do *Welfare State*, bem mais complexos que os direitos constitucionais clássicos, dirigidos, de modo preponderante, quando não exclusivo, em face do Estado, deste se esperando uma abstenção e não, em rigor, uma intervenção. Diferentemente do modelo liberal de Estado, por certo se está diante de intervenção estatal, que deve ser, a um só tempo, preventiva (e de precaução) e positiva, na esteira do reconhecimento de que esta é uma era que, cada vez mais, demanda governabilidade afirmativa<sup>100</sup>.

Por isso, a verbalização do discurso constitucional de proteção do ambiente não anuncia, como desiderato principal, um *non facere*; ao contrário, inegavelmente prega e exige prestações positivas a cargo do Estado, mensagem irrecusável que vem em reforço dos deveres infraconstitucionais de garantia pelas autoridades públicas dos processos ecológicos essenciais<sup>101</sup>. Uma demanda para que assegure, como direito de todas as pessoas, certo nível de liberdade contra riscos ambientais e,

---

<sup>100</sup> TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3. ed., v. 1. New York: Foundation Press, 2000, p. 16.

<sup>101</sup> PRIEUR, Michel. Op. cit, p. 65.



ao mesmo tempo, acesso aos benefícios ambientais<sup>102</sup> e recuperação da degradação já causada. Encargo afirmativo esse que, sem opção expressa do constituinte, contaria com frágil amparo constitucional e difícil defesa, no universo dos conflitos diários pelo uso e contra o abuso dos recursos naturais.

#### **1.4.5 Quinto benefício substantivo: redução da discricionariedade administrativa**

Vistos por outro ângulo, os comandos constitucionais reduzem a discricionariedade da Administração Pública, pois impõem ao administrador o permanente dever de levar em conta o meio ambiente e de, direta e positivamente, protegê-lo, bem como exigir seu respeito pelos demais membros da comunidade, abrindo ao cidadão a possibilidade de questionar "ações administrativas que de forma significativa prejudiquem os sistemas naturais e a biodiversidade"<sup>103</sup>.

Daí que ao Estado não resta mais do que uma única hipótese de comportamento: na formulação de políticas públicas e em procedimentos decisórios individuais, optar sempre, entre as várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico, aventando, inclusive, a não-ação ou manutenção da integridade do meio ambiente pela via de sinal vermelho ao empreendimento proposto.

É desse modo que há de ser entendida a determinação constitucional de que todos os órgãos públicos levem em consideração o meio ambiente em suas decisões (art. 225, caput, e § 1º, da Constituição brasileira), adicionando a cada uma das suas missões primárias – não por opção, mas por obrigação – a tutela ambiental. No Brasil, o desvio desse dever pode caracterizar improbidade administrativa e infrações a tipos penais e administrativos.

---

<sup>102</sup> SAX, Joseph L. The search for environmental rights, cit., p. 95.

<sup>103</sup> SCHLICKEISEN, Rodger. Op. cit., p. 222.

#### **1.4.6 Sexto benefício substantivo: ampliação da participação pública**

Por derradeiro, entre tantos outros benefícios substantivos da constitucionalização, é possível ampliar os canais de participação pública, sejam os administrativos, sejam os judiciais, nesse último caso, com o afrouxamento do formalismo individualista, que é a marca da legitimação para agir tradicional<sup>104</sup>. Em alguns casos, conforme a dicção utilizada pelo legislador constitucional, essa legitimação ampliada pode vir a ser automaticamente aceita pelo Poder Judiciário, sem necessidade de intervenção legislativa.

É correto e justo dizer que, no Direito moderno, o legislador que atribui o benefício (qualidade ambiental) ou a missão (proteger o meio ambiente, como dever de todos) também distribui, explícita ou implicitamente, os meios e, entre eles, os instrumentos processuais e meios administrativos de participação no esforço de implementação. Logo, é possível extrair da norma reconhecedora da tutela ambiental, como valor essencial da sociedade, um potencial poder processual de participar do processo decisório administrativo ou ingressar em juízo em favor próprio ou de outros co-beneficiários.

Isso porque os direitos e obrigações constitucionais só têm sentido na medida em que podem ser implementados e usados<sup>105</sup>. Sem a possibilidade de questionamento coletivo, administrativo e judicial, dos comportamentos degradadores de terceiros, qualquer garantia dada ao cidadão estará gravada com o símbolo da infecundidade e ineficácia do discurso jurídico.

---

<sup>104</sup> Conforme, nesse ponto, BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis. **Ação civil pública**: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 70-151.

<sup>105</sup> ANTIEAU, Chester James; RICH, William J. **Moderate constitutional law**. 2. ed., v. 3. St. Paul: West Group, 1997, p. 660.

Claro que tal exercício exegético é dispensável no Brasil, pois a Constituição não só abre claramente a possibilidade da implementação processual coletiva (art. 129), como, mesmo antes dela, o ordenamento infraconstitucional já se encaminhara nessa direção (Lei n. 7.347/85, cuidando da ação civil pública).

São esses, então, alguns dos benefícios substantivos, materiais ou internos da constitucionalização do regime ambiental. Serão vistos, em seguida, outros benefícios, de cunho formal (ou externo), isto é, vantagens que se destacam no terreno da compreensão ou realização formal da tutela jurídica do meio ambiente.

#### **1.4.7 Primeiro benefício formal: máxima preeminência e proeminência dos direitos, deveres e princípios ambientais**

A regra constitucional vem dotada, como marca exterior das mais relevantes, de preeminência e proeminência<sup>106</sup>; aquela, significando superioridade, atribui-lhe posição hierárquica superior, demandando obediência estrita do ordenamento que lhe é inferior; esta, indicando perceptibilidade, confere-lhe visibilidade máxima no anfiteatro superlotado das normas que compõem o sistema legal de um país.

Com a superioridade, busca-se afinidade estrita entre mandamento constitucional e disposição ordinária; da maior visibilidade, espera-se mais fácil e massificado conhecimento pelos destinatários e, a partir daí, respeitabilidade e efetividade alargadas.

À Constituição, por estar na pirâmide do ordenamento, imputa-se o maxímante da respeitabilidade e da visibilidade. Como bem lembra José Afonso da Silva, pela via da constitucionalização "certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 45-46.

comunitário"<sup>107</sup>. Trata-se, por conseguinte, de norma superior na hierarquia legislativa; santuário legislativo dotado de preeminência normativa (Canotilho), pois cuida de valores fundamentais da sociedade. Sobre ela, diz-se ser um modelo para os cidadãos, propiciando, por tudo isso, um catalisador de uma moralidade ecológica<sup>108</sup> e uma maior probabilidade de conhecimento, especialmente pelos implementadores (Administração e Judiciário).

A preeminência normativa da norma constitucional ocasiona, na palavra de Canotilho e Moreira, três conseqüências jurídicas imediatas. Inicialmente, a interpretação das normas infraconstitucionais deve ser feita da forma mais concordante com a Constituição – é o princípio da interpretação conforme à Constituição; além disso, tais normas, se desconformes com a Constituição, serão inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais. Finalmente, exceto se inquestionavelmente inexecutáveis em si mesmos, os dispositivos constitucionais têm aplicação direta, existam ou não leis e regulamentos intermediários; aplicação que se dá, inclusive, contra ou era lugar de lei ou regulamento que à norma constitucional se oponha<sup>109</sup>.

A preeminência e a proeminência do texto constitucional traduzem-se, no campo prático, em inequívoco valor didático. Estar o meio ambiente lá, no lugar mais elevado na hierarquia jurídica<sup>110</sup>, serve de lembrança permanente da sua posição dorsal entre os valores indisponíveis da vida em comunidade.

Na vastidão do ordenamento, o abrigo constitucional aparta os valores e interesses fundamentais dos que, não obstante sua eventual salvaguarda jurídica em outros textos normativos, cedem lugar ou são

---

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 41.

<sup>108</sup> SCHLICKEISEN, Rodger. Op. cit., p. 222.

<sup>109</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 45-46.

<sup>110</sup> NEURAY, Jean-François. **Droit de l'Environnement**. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 149.

sacrificados em favor daqueles. No ordenamento, acima do resto; mas, principalmente, no simbolismo da "mente da sociedade"<sup>111</sup>, acima de tudo mais.

Naqueles países em que o público está firmemente a par dos problemas ambientais e da necessidade de agir, a proteção constitucional do meio ambiente pode pouco ou nada acrescentar, principalmente quando formulada na forma de objetivos públicos vagos, de frágil implementação judicial. São países em que, por força da pressão pública, ao Estado é indiferente ter ou não ter um traçado constitucional mínimo, que o empurre para fora da inação própria do sistema do *laissez-faire*. É exatamente nos países sem tradição ambiental – em que a questão da degradação chama a atenção fundamentalmente da elite e da classe média<sup>112</sup>, enquanto boa parte da população dedica-se a assegurar um prato de comida – que a previsão constitucional será útil, tanto para educar o povo como para guiar o processo decisório estatal<sup>113</sup>.

#### **1.4.8 Segundo benefício formal: segurança normativa**

Além disso, a constitucionalização, especialmente em Constituições rígidas como a do Brasil<sup>114</sup>, é acompanhada por uma maior segurança normativa, seja porque os direitos e garantias individuais são considerados norma pétrea<sup>115</sup>, seja ainda em decorrência da previsão de um procedimento rigoroso para as emendas constitucionais<sup>116</sup>. Em ambos os casos, o resultado é um valioso atributo de durabilidade legislativa no ordenamento, o que funciona como barreira à desregulamentação e a

---

<sup>111</sup> FREYFOGLE, Eric T. Should we green the bill? **University of Illinois Law Review**, p. 166, 1992.

<sup>112</sup> FERNANDES, Edesio. Constitutional environmental rights in Brazil. In: BOYLE, Alan E.; ANDERSON, Michael R. (eds.). **Human rights approaches to environmental protection**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 275.

<sup>113</sup> BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. Constitutional entrenchment of environmental protection: a comparative analysis of experiences abroad. **Harvard Environmental Law Review**, v. 16, p. 84, 1992.

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 47.

<sup>115</sup> Constituição da República, art. 5º, § 2º, e art. 60, § 4º, IV.

<sup>116</sup> Constituição da República, art. 60.

alterações ao sabor de crises e emergências momentâneas, artificiais ou não.

Nisso reside, de certa maneira, a razão principal do inchaço temático das Constituições modernas, com a inclusão de vasto campo de matérias, sob "o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade" e "o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias"<sup>117</sup>.

Como indicam Brandl e Bungert, também aí está a explicação para que, na euforia dos processos de redemocratização, países que acabam de libertar-se de regimes ditatoriais tendam a regular constitucionalmente um universo vastíssimo de aspectos da vida individual e social, muitos deles mais apropriados para tratamento pelo legislador ordinário. O temor de retrocesso autoritário dá fôlego e legitimidade aos mais diversos interesses e à busca do anteparo constitucional<sup>118</sup>.

#### **1.4.9 Terceiro benefício formal: substituição do paradigma da legalidade ambiental**

Por outro lado, por força da constitucionalização, substituiu-se o paradigma da legalidade ambiental<sup>119</sup> pelo paradigma da constitucionalidade ambiental. Embora se inclua tal benefício entre os de natureza formal, a verdade é que ele determina uma ambiciosa reestruturação da equação jurídico-ambiental, com implicações muito mais amplas do que uma singela alteração cosmética da norma e da sua percepção social.

Constitucionalizar, nesse enfoque, denota que a constitucionalidade toma o lugar da legalidade na função de veículo e

---

<sup>117</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 74.

<sup>118</sup> BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. Op. cit., p. 83.

<sup>119</sup> Antes de 1988, protegia-se o meio ambiente apenas pela força da lei; assim, p. ex., o Código Florestal de 1965, a Lei de Proteção à Fauna de 1967 (antigo Código de Caça) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

resguardo de valores essenciais<sup>120</sup>, firmando-se, a partir daí, uma ordem pública ambiental constitucionalizada, temas que serão abordados mais adiante.

#### **1.4.10 Quarto benefício formal: controle da constitucionalidade da lei**

Outra importante vantagem de cunho formal da constitucionalização é permitir o controle de constitucionalidade de atos normativos hierarquicamente inferiores (controle formal e material)<sup>121</sup>. Como se sabe, "todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal"<sup>122</sup>. Nesse sentido, a Constituição "fala diretamente para o parlamento e pode ajudar a influenciar e moldar o debate legislativo"<sup>123</sup>.

Essa conformidade com os padrões constitucionais

não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim o determina, constitui também conduta inconstitucional<sup>124</sup>.

Naquele caso, tem-se a inconstitucionalidade por ação; neste, por omissão<sup>125</sup>, seja por deixar-se de praticar ato legislativo, seja pela displicência na afirmação de ato executivo.

Tal controle de constitucionalidade, nos termos da Constituição da República, pode ser exercido tanto de modo difuso como concentrado. Lá, por via de exceção, a cargo de qualquer interessado, em processo judicial em curso; aqui, por ação direta de inconstitucionalidade,

---

<sup>120</sup> FAVOREU, Louis et al. **Droit constitutionnel**. Paris: Dalloz, 1998, p. 343 e 345.

<sup>121</sup> Essa faceta da constitucionalização me foi lembrada por Rogério Campos, à época estudante de graduação da UnB, durante palestra que proferi no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, em 10 de maio de 2001.

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 47.

<sup>123</sup> THOMPSON JR., Barton H. Op. cit., p. 906.

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 48.

<sup>125</sup> Constituição da República, art. 103, § 2º.



respeitada a legitimação ativa em *numerus clausus* prevista no art. 103 da Constituição brasileira.

#### **1.4.11 Quinto benefício formal: reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais**

Por derradeiro, a norma constitucional, sobretudo em países com firme tradição constitucional, é uma poderosa ferramenta exegética. Seu uso faz-se prevalente no cotidiano da prática administrativa ou judicial. Nessa perspectiva, traz a si o papel de servir de verdadeiro guia para a boa compreensão da norma infraconstitucional por juízes, administradores e outros destinatários.

Exatamente porque a proteção constitucional do meio ambiente situa-se numa posição elevada na hierarquia das normas (= preeminência), sua simples existência determina a (re)leitura do direito positivo nacional<sup>126</sup> – passado, presente e futuro – em particular, no balanceamento de interesses conflitantes<sup>127</sup>.

### **1.5 Riscos da constitucionalização**

Alguns riscos podem ser apontados no processo de inserção do meio ambiente no quadro constitucional. Nenhum deles, contudo, seriamente obstou a constitucionalização crescente da proteção do meio ambiente. O interesse que despertam é mais acadêmico que prático, pois raramente são verbalizados de forma ordenada e aberta nos debates recentes de reforma constitucional. A oposição que se faz à constitucionalização da tutela ambiental não é de oportunidade, mas de conteúdo e de forma, pois alguns preferem ver na Constituição um texto vago e ambíguo, repleto de conceitos jurídicos indeterminados e obrigações abertas, com isso evitando-se ou dificultando-se a utilização direta e eficaz do comando constitucional pelas vítimas de degradação.

---

<sup>126</sup> NEURAY, Jean-François. Op. cit., p. 149.

<sup>127</sup> LADEUR, Karl Heinz; PRELLE, Rebecca. Environmental assesement and judicial approaches to procedural errors: a European and comparative law analysis, cit., p. 26.

De um lado, fala-se nos perigos da constitucionalização de conceitos, direitos, obrigações e princípios insuficientemente amadurecidos, mal-compreendidos, ou até incorretos ou superados (p. ex., a noção de equilíbrio ecológico). A idéia aqui é que a Constituição é recinto para institutos e conceitos maduros, que gozem de ampla aceitação política e científica. Em outras palavras, a Constituição não seria lugar para experimentos de políticas públicas e muito menos para noções ainda em formação ou em teste nas suas disciplinas de origem.

De outra parte, decorrência das garantias previstas na própria Constituição, há, como já notado, todo um procedimento mais rigoroso para modificação da norma constitucional, o que dificulta sua atualização e retificação. Como é curial, o meio ambiente, os seus componentes, as ameaças degradadoras do processo econômico<sup>128</sup> e o conhecimento tecnológico são dinâmicos, sempre em permanente transformação e evolução<sup>129</sup>. Não é por outra razão que as leis ambientais são conhecidas exatamente pela sua mutabilidade; nelas, segurança jurídica é sinônimo de contínua adaptação e alteração, ao contrário do que se dá e se espera em outras esferas da regulação jurídica.

Por derradeiro, tanto mais em países sem forte tradição constitucional, há sempre o receio das normas constitucionais retóricas, com mínimo ou nenhum impacto concreto na operação jurídica do cotidiano das pessoas<sup>130</sup>. Aquele que pouco valoriza o texto constitucional

---

<sup>128</sup> Acertadamente lembrava Pontes de Miranda que "O processo econômico é o mais instabilizador, revolvente, móvel, de todos, exceto a Moda" (**Comentários à Constituição de 1967**. t.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 313).

<sup>129</sup> KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Manual of European Environmental Law**. Op. cit., p. 9.

<sup>130</sup> Fenômeno este que sucede até mesmo em nações com forte tradição constitucional. É o caso, p. ex., da pífia aplicação que se faz nos Estados Unidos das normas de proteção ambiental inseridas nas Constituições dos Estados federados. Nem mesmo Estados com dispositivos constitucionais inequívocos são poupados. É emblemático o caso da Pennsylvania, cuja Constituição assim dispõe: "O povo tem o direito ao ar limpo, água pura, e à preservação dos valores naturais, paisagísticos, históricos e estéticos do meio ambiente. Os recursos naturais públicos são propriedade comum de todas as pessoas, incluindo as futuras gerações. Como depositário (*trustee*) desses recursos, o Estado deve conservá-los e mantê-los para o benefício de todos" (art. I, § 27). Como bem resume

em campos mais tradicionais, pouca atenção, certamente, dedicará à tutela ambiental, constitucionalizada ou não.

### **1.6 Técnicas de constitucionalização do meio ambiente no Direito Comparado**

São múltiplas as vantagens da constitucionalização do meio ambiente, já vistas. Um exame da experiência estrangeira<sup>131</sup> revela que a norma constitucional, comumente, estabelece uma obrigação genérica de não degradar, fonte do regime de explorabilidade limitada e condicionada dos recursos naturais; ecologiza o direito de propriedade e sua função social; atribui perfil fundamental a direitos e obrigações ambientais; legitima a intervenção estatal em favor da natureza; reduz a discricionariedade administrativa no processo decisório ambiental; amplia a participação pública, em especial, nas esferas administrativa e judicial; agrega preeminência e proeminência à questão e aos conflitos ambientais; robustece a segurança normativa; substitui a ordem pública ambiental legalizada por outra de gênese constitucional; enseja o controle da constitucionalidade da lei sob bases ambientais; e, por fim, reforça a interpretação pró-ambiente das normas e políticas públicas.

Tais benefícios, contudo, nem sempre aparecem todos conjugados – simultaneamente – no texto constitucional, pois são prisioneiros da técnica ou do desenho normativo escolhido pelo constituinte, um leque variado de opções, na sua expressão formal, valor semântico e efeitos. Para bem entender o sentido da norma constitucional, apreender seus limites e fragilidades, e aplicá-la com efetividade, crucial, pois, examinar a formulação levada a cabo pelo legislador.

---

William Rodgers, na Pensilvânia e em outros Estados que constitucionalizaram a proteção do meio ambiente, tais normas não encontraram maior ressonância prática ou jurisprudencial, "algumas delas sendo explicitamente sepultadas por decisões judiciais sob o argumento de que tais dispositivos não seriam auto-executáveis" (**Environmental law**, cit., p. 66).

<sup>131</sup> Uma das melhores análises da experiência estrangeira pode ser encontrada em BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. Op. cit., p. 83.

Sejam direitos, obrigações e princípios, sejam objetivos, programas públicos e instrumentos de implementação, o certo é que a norma constitucional busca regular ora o uso dos macrobens e microbens ambientais (água, fauna, solo, ar, florestas), ora as atividades humanas propriamente ditas, que afetam ou podem afetar o meio ambiente (biotecnologia, mineração, energia nuclear, caça, agricultura, turismo, construção civil). Mas ao fazê-lo, nem sempre a Constituição alcança, como seria desejável, tal desiderato.

No caso da Constituição brasileira de 1988, vê-se facilmente que o legislador inclinou-se por um desenho constitucional pluriinstrumental, rico em possibilidades dogmáticas e práticas, embora heterogêneo na perspectiva de seu real valor no plano da eficácia. Como corretamente indica Eros Roberto Grau, a Constituição, nos moldes em que está posta, "dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de retorno à barbárie"<sup>132</sup>.

A forma mais útil de estudar essas técnicas constitucionais é, de preferência, partir de um sistema nacional e, daí, promover as conexões necessárias com o Direito Comparado. Seja pela extensão do tratamento que deu à matéria, seja pela importância que os tribunais vêm a ela emprestando nas decisões que prolatam, seja ainda pela diversidade das técnicas que abraçou, a Constituição de 1988 convida, como poucas, a esse exercício de prospecção acadêmica.

### **1.7 Introdução ambiental à Constituição de 1988: da miserabilidade à opulência ecológico-constitucional**

A Constituição Federal de 1988 sepultou o paradigma liberal que via (e insiste em ver) no Direito apenas um instrumento de organização da vida econômica, unicamente orientado a resguardar certas

---

<sup>132</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 255 (grifo no original).

liberdades básicas e a produção econômica, assim reduzindo o Estado à acanhada tarefa de estruturar e perenizar as atividades do mercado, sob o manto de certo asseptismo social. Abandonou, pois, o enfoque convencional da Constituição condenada a se tornar "um simples regulamento econômico-administrativo, mutável ao sabor dos interesses e conveniências dos grupos dominantes"<sup>133</sup>.

Ao mudar de rumo – inclusive quanto aos objetivos que visa a assegurar a Constituição, como em outros campos, metamorfoseou, de modo notável, o tratamento jurídico do meio ambiente, apoiando-se em técnicas legislativas multifacetárias. Uma Constituição que, na ordem social (o território da proteção ambiental, no esquema de 1988), tem como objetivo assegurar "o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193), não poderia mesmo deixar de acolher a proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de sistema, e não como um conjunto fragmentário de elementos; sistema esse que, não custa repetir, organiza-se na forma de uma ordem pública ambiental constitucionalizada.

Ao abraçar essa concepção holística e juridicamente autônoma do meio ambiente, o constituinte de 1988 distancia-se de modelos anteriores, praticamente fazendo meia-volta, especialmente ao admitir que:

– o meio ambiente dispõe de todos os atributos requeridos para o reconhecimento jurídico expresso, no patamar constitucional;

---

<sup>133</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: **Direitos humanos: visões contemporâneas**. São Paulo: Associação de Juízes para a Democracia, 2001, p. 16.

– tal reconhecimento e amparo se dá por meio de uma percepção ampliada e holística, isto é, parte-se do todo (= a biosfera<sup>134</sup>) para se chegar aos elementos;

– o todo e os seus elementos são apreciados e juridicamente valorizados em uma perspectiva relacional ou sistêmica<sup>135</sup>, que vai além da apreensão atomizada e da realidade material individual desses mesmos elementos (ar, água, solo, florestas, etc);

– a valorização do meio ambiente se faz com fundamentos éticos explícitos e implícitos, uma combinação de argumentos antropocêntricos mitigados (= a solidariedade intergeracional, vazada na preocupação com as gerações futuras), biocêntricos e até ecocêntricos (o que leva a um holismo variável, mas, em todo caso, normalmente, acoplado a certa atribuição de valor intrínseco à natureza);

– o discurso jurídico-ambiental passa, tecnicamente, de tricotômico a dicotômico, pois, decorrência da linguagem constitucional, desaparece o *ius dispositivum*, já que a voz do constituinte expressou-se somente por dispositivos do tipo *ius cogens* e *ius interpretativum*, o que banha de imperatividade geral as normas constitucionais e a ordem pública ambiental infraconstitucional;

– a tutela ambiental deve ser viabilizada por instrumental próprio de implementação, igualmente constitucionalizado, como a ação civil pública, a ação popular, as sanções administrativas e penais e a responsabilidade civil pelo dano ambiental, o que nega aos direitos e às obrigações abstratamente assegurados a má sorte de ficar ao sabor do acaso e da boa vontade do legislador ordinário.

---

<sup>134</sup> KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Manual of European Environmental Law**, cit., p. 36.

<sup>135</sup> Nesse sentido, veja-se que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) define meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (art. 3º, I – grifou-se).

Quanto a esse último ponto, cabe notar que a ênfase nos instrumentos de implementação é um dos mais louváveis aspectos da Constituição de 1988. É nítido o desiderato de evitar que a norma constitucional vire refém do destino retórico, expediente pouco honroso, mas cômodo e funcional, sempre à disposição daqueles que, espertamente, advogam um modelo de regulação protetória dos vulneráveis que dá com uma mão e tire com a outra.

Esse conjunto de inovações constitucionais, substantivas e formais, mais cedo ou mais tarde haverá de levar, no plano mais amplo da Teoria Geral do Direito, a uma nova estrutura jurídica de regência das pessoas e dos bens. Da autonomia jurídica do meio ambiente decorre um regime próprio de tutela, já não centrado nos componentes do meio ambiente como coisas; muito ao contrário, trata-se de um conjunto aberto de direitos e obrigações, de caráter relacional, que, como acima referido, é verdadeira ordem pública ambiental, nascida em berço constitucional.

Não é, pois, sem razão, que José Afonso da Silva afirma que todo o "capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988"<sup>136</sup>; nesse sentido, salienta Vladimir Passos de Freitas que o constituinte "dedicou ao tema, antes não tratado a nível constitucional, todo um Capítulo", além de ter inovado "na forma de repartição de poderes"<sup>137</sup>.

Capítulo dos mais modernos, casado à democrática divisão de competências legislativas e de implementação no terreno ambiental, e a tratamento jurídico abrangente, a tutela do meio ambiente, como será analisado, não foi aprisionada somente no art. 225. Na verdade, saltou-se do estágio da miserabilidade ecológico-constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológico-constitucional. Um feito e

---

<sup>136</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 717.

<sup>137</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 31.



tanto, que muito deve àqueles que, no Brasil e lá fora, impulsionados pela missão de "celebração da vida", para usar as palavras de Tribe<sup>138</sup>, insurgiram-se contra a ordem jurídica antinatureza e, pelo menos formalmente, venceram.

De toda sorte, o capítulo do meio ambiente nada mais é que o ápice ou a face mais visível de um regime constitucional que, em vários pontos, dedica-se, direta ou indiretamente, à gestão dos recursos ambientais. São dispositivos esparsos que, mais do que complementar, legitimam (função ecológica da propriedade<sup>139</sup>), quando não viabilizam (ação civil pública e ação popular<sup>140</sup>), o art. 225. Procedente, pois; a observação de Luis Roberto Barroso no sentido de que "as normas de tutela ambiental são encontradas difusamente ao longo do texto constitucional"<sup>141</sup>.

Contudo, é bom lembrar que, assim modelada e apesar de seus inegáveis avanços, a Constituição de 1988 não foi inteiramente revolucionária, no contexto do Direito Comparado. Pelo contrário, beneficiou-se da tendência internacional de constitucionalização do meio ambiente e utilizou mapa legislativo desenvolvido por algumas Constituições estrangeiras que a antecederam, com uma pitada, aqui e ali, de saudável e criativa originalidade. Ou seja, o constituinte, no desenho ambiental da Constituição, não trilhou propriamente caminhos desconhecidos; ao contrário, compartilhou o exemplo de outros países – em especial, Grécia, Portugal e Espanha, atrás mencionados – instauradores de um regime constitucional de caráter pós-industrial e pós-moderno. Importou parte significativa do que se vê no texto constitucional em resposta à crescente demanda política interna de melhor proteção do

---

<sup>138</sup> TRIBE, Laurence H. From environmental foundations to constitutional structures: learning from nature's future. In: **Yale Law Journal**, v. 84, 1975, p. 549.

<sup>139</sup> Conforme, por exemplo, o art. 186, II, da Constituição da República.

<sup>140</sup> Sobre ação popular ambiental, LEITE, José Rubens Morato. Ação popular: um exercício de cidadania ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 17, p. 123-140, jan./mar. 2000.

<sup>141</sup> BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Revista Forense**, v. 317, p. 177, 1992.

ambiente, mas também por razões de conveniência (se é possível copiar, para que inventar?) e reverência a uma expressiva tendência mundial, encabeçada por documentos internacionais<sup>142</sup> como a Declaração de Estocolmo de 1972 e a Carta Mundial da Natureza de 1982.

De toda sorte, ao atento observador não passará despercebido que a Constituição brasileira, conquanto siga, às vezes de modo literal, os passos de outras Constituições e, visivelmente, o discurso e a linguagem da Declaração de Estocolmo de 1972, nem por isso deixa de ser, pontual e globalmente, um texto que enuncia estrutura, formulações e remédios *sui generis* para os problemas ambientais brasileiros. Tudo isso faz com que nela se encontre, diz Edis Milaré, "um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente"<sup>143</sup>.

### **1.8 O meio ambiente nos regimes constitucionais anteriores: vida, saúde, função social da propriedade e outros fundamentos para a intervenção estatal**

Tirante uma ou outra providência legislativa de regência utilitarista dos recursos naturais no período colonial e imperial, a tutela legal do ambiente, no Brasil, teve início, de modo fragmentário, na década de 30, ganhou fôlego nos anos 60, e consolidou-se nas décadas de 80 e 90. Quais os fundamentos constitucionais utilizados, à época da edição desses atos legislativos, para justificar e legitimar a intervenção do legislador, se, como se sabe, só a Constituição de 1988 abrigou, expressamente, a proteção ambiental como direito e dever de todos?

Ontem, no Brasil – como, ainda hoje, em alguns países –, os tribunais, confrontados com o silêncio constitucional e com a falta de porto mais seguro, exercitavam sua criatividade e identificavam, na penumbra de outros direitos, garantias de cunho ambiental. Um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser – e, historicamente,

---

<sup>142</sup> Aliás, essas duas razões não aparecem somente entre nós; nesse sentido, HOWARD, A. E. Dick. *The indeterminacy of constitutions*, cit., p. 405.

<sup>143</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

tem sido – derivado indiretamente da Constituição, por meio da interpretação de dispositivos que asseguram outros valores tradicionais<sup>144</sup>, como a vida<sup>145</sup> (já que sem meio ambiente adequado inviabiliza-se a vida humana e dos outros seres), a saúde<sup>146</sup> (sob o argumento de que o ser humano não pode viver em ambiente degradado<sup>147</sup>), a dignidade da pessoa humana, o *due process*, a função social da propriedade, a disciplina da produção e consumo<sup>148</sup>, ou, ainda, a partir das regras constitucionais que fixam as competências legislativa e de implementação da União, Estados e Municípios.

Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um dos pioneiros do Direito Ambiental brasileiro, que a Constituição de 1967 referia-se à ecologia apenas uma vez, ao dispor, no art. 172, sobre a obrigatoriedade de "prévio levantamento ecológico" de terras sujeitas a intempéries e calamidades, no mesmo dispositivo também vedando ao proprietário de terras o fomento público, com incentivos e auxílio, quando inadequado o uso que dela fizesse<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> BRANDL, Emst; BUNGERT, Hartwin. Op. cit., p. 21.

<sup>145</sup> "Embora não contemplado expressamente o bem jurídico 'ambiente' no atual texto constitucional, ele está insito no *direito fundamental à vida*, nos termos do art. 153 da Constituição vigente" (CABRAL, Armando. Direito ao meio ambiente como direito fundamental constitucionalizado. **Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente**, ano II, n. 2, p. 12, ago. 1987. (grifou-se)

<sup>146</sup> Cf. FERNANDES, Edesio. Op. cit., p. 268. Segundo Hélio Gomes, "É axioma popular que a saúde é o maior e o melhor bem da vida" (GOMES, Hélio. Direito de cura. **Direito**, v. 15, 1942, p. 90). E continua: "Sendo assim um bem tão estimável, a saúde não poderia deixar de ser legalmente protegida e amparada. E o foi. Os países civilizados criaram o chamado – DIREITO À SAÚDE – constitucionalmente consagrado entre nós pela Carta Magna de 1937, embora leis anteriores já cuidassem da matéria" (p. 92). Ao contrário do meio ambiente, a saúde foi formalmente tratada, sob vários enfoques, por diversas Constituições anteriores a 1988 (ELIAS, Paulo Eduardo. A saúde como política social no Brasil, cit, p. 136).

<sup>147</sup> Sobre a evolução da "saúde" à "eco-saúde", cf. JACQUEMIN, Dominique. **Écologie, Éthique et Création: de la Mode Verte à l'Étique Écologique**, Louvain-la-Neuve, Artel. Fides, 1994, p. 157-161.

<sup>148</sup> A Constituição de 1969 previa, expressamente, a competência da União para legislar sobre "defesa e proteção da saúde" (art. 8º, XVII, *c*, *in fine*) e "produção e consumo" (art.8º, XVII, *d*).

<sup>149</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Política agrícola e fundiária e ecologia. **Revista Forense**, v. 317, p. 74, 1992.

É fato que, antes de 1988, as Constituições brasileiras não estavam desenhadas de modo a acomodar os valores e as preocupações próprios de um paradigma jurídico-ecológico<sup>150</sup>, padrão normativo este que é invertido na Constituição de 1988, seduzida pela técnica dos conceitos ("equilíbrio ecológico", "ecossistemas"), objetivos (tutela da biodiversidade per se), direitos (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), deveres (dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações), princípios (da prevenção, da precaução e da reparação integral, p. ex.), instrumentos (áreas protegidas e Estudo Prévio de Impacto Ambiental, p. ex.), tudo sob a influência e a inspiração da Ecologia e da gestão ambiental.

Paulo Affonso Leme Machado, na primeira edição do seu *Direito ambiental brasileiro*, pregava, ainda em 1982, que o meio ambiente merecia "melhor formulação na Constituição Federal. O fato, contudo, da inexistência de um ordenamento específico não pode ser entendido como inibidor das regras sobre a defesa e proteção da saúde notadamente"<sup>151</sup>. E acrescentava:

Se de um lado a Constituição não tratou o ambiente de forma abrangente e global, de outro lado, muitas matérias que integram o tema ambiente foram contempladas no texto maior do país. Assim, águas, florestas, caça, pesca, energia nuclear, jazidas, proteção à saúde humana foram objeto das disposições constitucionais<sup>152</sup>.

Realmente, a lacuna nas ordens constitucionais anteriores a 1988 não foi óbice sério e intransponível à regulamentação legal de controle das atividades nocivas ao ambiente ou, mais comumente, aos seus elementos. Tanto assim que nesse período de vazio constitucional, deu-se a promulgação do Código Florestal, de 1965, e da Lei n. 6.938/81

---

<sup>150</sup> Para Feldmann e Camino, "Nas Constituições anteriores, as normas ambientais eram incipientes, restringindo-se a dispositivos de defesa e proteção à saúde ou eventual menção à preservação do patrimônio histórico e função social da propriedade" (FELDMANN, Fábio José; CAMINO, Maria Ester Mena Barret. O direito ambiental: da teoria à prática. **Revista Forense**, v. 317, p. 95, 1992).

<sup>151</sup> LEME MACHADO, Paulo Affonso, **Direito ambiental brasileiro**, cit., p. 8.

<sup>152</sup> Ibid., p. 8.

(Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), ainda hoje dois marcos vigentes na evolução do Direito Ambiental brasileiro.

### 1.8.1 A saúde ontem

O Ministro José Celso de Mello, escrevendo sob o império da Carta Constitucional de 1969, apontava que "A tutela jurídica do meio ambiente decorre da competência legislativa sobre defesa e proteção da saúde"<sup>153</sup>. Ao contrário do meio ambiente, a saúde, como valor próprio e separado do núcleo-mãe "vida", foi formalmente tratada, sob vários enfoques, pelas Constituições anteriores à de 1988<sup>154</sup>.

À falta de reconhecimento expresso, não restava ao intérprete outra alternativa que não equiparar degradação ambiental a degradação sanitária, ou, pior, incluir aquela no universo difuso dos poderes estatais de regulação da "produção e do consumo". Sem dúvida, em ambos os casos estamos diante de uma argumentação de cunho estritamente antropocêntrico, com indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista.

Naquele período, tal raciocínio, não obstante sua inegável fragilidade, até que vingou e serviu para dar sustentação à intervenção legislativa, recebendo, inclusive, respaldo judicial. Hoje, contudo, em juízo retrospectivo, é possível verificar o caráter limitado – embora ainda válido, como será visto abaixo – desse esforço, posto que eticamente insuficiente e dogmaticamente frágil.

eticamente insuficiente porque, como será tratado adiante, a tutela ambiental gradual e erraticamente abandona a rigidez de suas origens antropocêntricas e acolhe uma visão mais ampla, de caráter biocêntrico (ou mesmo ecocêntrico), ao propor-se a amparar a totalidade da vida e das suas bases<sup>155</sup>. Realmente, nem sempre a degradação ou até

---

<sup>153</sup> MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 40.

<sup>154</sup> ELIAS, Paulo Eduardo. Op. cit., p. 136.

<sup>155</sup> A Constituição da República refere-se à preservação e restauração de "processos ecológicos essenciais" (art. 225, § 1º, I); evidentemente, "essenciais" à sobrevivência do

destruição integral de um ecossistema ou espécie afetam, de modo visível e calculável, a saúde humana.

Dogmaticamente frágil porque o direito à saúde não se confunde com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: dividem uma área de larga convergência (e até de sobreposição), mas os limites externos de seus círculos de configuração não são, em rigor, coincidentes. Quase sempre quando se ampara o ambiente está-se beneficiando a saúde humana e vice-versa. De fato, há aspectos da proteção ambiental que dizem respeito, de maneira direta, à proteção sanitária. Assim é com o controle de substâncias perigosas e tóxicas, como os agrotóxicos, e com a preocupação sobre a potabilidade da água e a respirabilidade do ar.

Concepções vizinhas, sim, mas de maneira alguma idênticas. Inúmeras vezes, na intervenção do legislador ambiental, é bom que se diga, a saúde humana tem papel secundário, periférico e até simbólico, como sucede com a proteção de certas espécies ameaçadas de extinção (o mico-leão-dourado, p. ex.) ou de manguezais, no imaginário popular ainda associados a ecossistemas malcheirosos, insalubres e abrigo de mosquitos disseminadores de doenças. Em algumas situações – a proibição, p. ex., da caça de espécies peçonhentas ou perigosas aos seres humanos, como o jacaré e a onça – a determinação legal protetória chega mesmo a reduzir a segurança imediata e até a pôr em risco a vida das populações que vivem nas imediações do habitat desses animais<sup>156</sup>.

---

planeta, como o conhecemos, concepção que ultrapassa a fórmula tradicional da sobrevivência do homem.

<sup>156</sup> Citem-se dois exemplos concretos. Na Bahia, já não encontramos a ararinha-azul em liberdade. A sua extinção na natureza certamente teve impacto zero na vida das pessoas, e muito menos na sua saúde. Do mesmo modo, no Equador (Ilhas Galápagos), das 14 subespécies de tartaruga gigantes, com peso de até 270 kg, existentes em 1535, quando os europeus chegaram ao local, três já estão extintas e uma quarta, a da Ilha de Pinta, tem um só indivíduo sobrevivente, "Solitário Jorge". Qual o impacto direto do desaparecimento de *Jorge* na saúde da população local, do Equador ou mesmo do mundo? A extinção de uma espécie é sempre lastimada, mas quase nunca por suas consequências sanitárias.

Na leitura da Constituição, seja em favor da sua boa interpretação, seja para viabilizar uma implementação correta de suas normas, às vezes é necessário separar, de um lado, o direito de não ser atingido por poluentes ou pela degradação ambiental e, de outro, o direito à proteção da natureza em si considerada. Naquele caso, o objetivo da intervenção não é salvaguardar a natureza per se, mas o meio ambiente como veículo de possíveis danos à pessoa ou à propriedade. Nesse caso, diversamente, o que se visa a assegurar é, em primeiro plano, a manutenção do equilíbrio ecológico, como valor intrínseco, mesmo que, indiretamente, garanta-se uma vida mais segura para todos, ou, para usar a expressão da Constituição, uma sadia qualidade de vida<sup>157</sup>.

### 1.8.2 A saúde hoje

Embora vá além, ao prever a proteção do meio ambiente per se, o regime constitucional brasileiro atual mantém a vinculação vida-ambiente, saúde-ambiente e segurança-ambiente. Trata de aproximação que, não obstante arrimada em longa tradição doutrinária e em regimes constitucionais anteriores, hoje é decorrência da letra expressa da Constituição de 1988. Por exemplo, entre as competências do Sistema Único de Saúde, estão o controle, a fiscalização e a inspeção de "águas para consumo humano" (art. 200, VI), "produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos (...) tóxicos e radioativos" (art. 200, VII), assim como a colaboração "na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho" (art. 200, VIII)<sup>158</sup>.

Por conseguinte, no regime constitucional brasileiro, como em outros países, apesar do expreso reconhecimento de um direito ao meio

---

<sup>157</sup> LADEUR, Karl Heinz; PRELLE, Rebecca. Environmental constitutional law, cit., p. 17.

<sup>158</sup> Sobre o meio ambiente do trabalho, cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Op. cit., FERREIRA, Daniela Câmara; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito constitucional ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.), **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 103-115. ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito ambiental, meio ambiente do trabalho rural e agrotóxicos. **Revista de Direito Ambiental**, v. 10, p. 106-122, abr./jun. 1998.



ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde – no sentido de possibilidade de desenvolvimento pessoal tranquilo – pode (e deve) ser entendido como incluídor da proteção contra riscos (e degradação) ambientais<sup>159</sup>. É claro que aqui, como em outros países<sup>160</sup>, a comunidade ambientalista, ansiosa por contrabalançar a estridência utilitarista do antropocentrismo radical sempre recorrente, põe o foco principal de sua militância e de seus esforços na conservação dos processos ecológicos essenciais, invertendo a equação tradicional – da saúde ao ambiente – em favor de outra, mais holística – do ambiente à saúde.

Como se percebe da análise dos vários dispositivos citados, está-se diante de simbiose normativa estreita. Não obstante a crítica teórica acima feita (seu marcante traço antropocêntrico original), trata-se, no terreno estritamente pragmático, de conjugação que pode apresentar vantagens práticas, tanto mais se se souber mitigar o exagerado antropocentrismo original. Em outras palavras, a aceitação de uma proteção autônoma do meio ambiente em muitas situações não exclui, e até recomenda, sua conexão com a saúde e segurança humanas. Considerando a posição central que historicamente a saúde ocupa no ordenamento – um dos raros fundamentos, até no Código Civil de 1916, capazes de ensejar restrição absoluta ao exercício do direito de propriedade – tal proximidade, se bem trabalhada e utilizada com inteligência, propiciará melhor salvaguarda do meio ambiente *in se e per se*.

Exatamente por despertar essa reverência tradicional por parte do legislador e do implementador, decorrência de seu prestígio na opinião pública, o argumento da proteção da saúde oferece benefícios inegáveis à tutela do meio ambiente, já que consigo transporta força

---

<sup>159</sup> LADEUR, Karl Heinz; PRELLE, Rebecca. Environmental constitutional law, cit., p. 27 (grifo no original).

<sup>160</sup> Quanto ao papel da saúde na evolução do ambientalismo norte-americano, cf. o excelente MITMAN, Gregg. In search of health: landscape and disease in american environmental history. **Environmental History**, v. 10, n. 2, 2005.



retórica e visibilidade inigualáveis. No Brasil, como em todo o mundo, o direito à saúde ocupa patamar máximo no arcabouço constitucional e legal. Perante ele, são limitados e até inteiramente afastados outros direitos constitucionais, como o direito de greve, o direito de propriedade, o direito de manifestação e expressão comercial (restrições e mesmo vedação da publicidade de tabaco, p. ex.)<sup>161</sup>.

Alguns países põem essa conexão no próprio coração dos novos direitos vinculados ao meio ambiente. Assim, p. ex., a Bélgica, ao reformar, em 1994, o art. 23(1) de sua Constituição, incluiu, no campo dos direitos econômicos e sociais, o "*direito à proteção de um meio ambiente sadio*" (grifou-se), dispositivo esse criticado pela melhor doutrina, diante do exagero antropocêntrico e por reduzir o campo de sua aplicação à tutela da saúde humana, mesmo que aqui se entenda como abrangente do bem-estar de todos os seres vivos<sup>162</sup>.

### **1.9 Técnicas de tutela do meio ambiente na Constituição de 1988**

É no art. 225 que se encontra o núcleo principal da proteção do meio ambiente na Constituição de 1988. Cuida-se de dispositivo que, pela sua complexidade e feição original (pelo prisma da tradição constitucional brasileira), certamente merece estudo muito mais aprofundado do que aquele que aqui se desenvolve.

Não se pode esquecer, como já referido, que o art. 225 é apenas o porto de chegada ou ponto mais saliente de uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, instituem uma verdadeira malha regulatória que compõe a ordem pública ambiental, baseada nos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada da propriedade, ambos de caráter geral e implícito.

---

<sup>161</sup> No mesmo sentido, na França, FAVOREU, Louis et al. Op. cit., p. 856.

<sup>162</sup> NEURAY, Jean-François. Op. cit., p. 142.

Em termos formais, a proteção do meio ambiente na Constituição de 1988 não segue – nem seria recomendável que seguisse – um único padrão normativo, dentre aqueles encontráveis no Direito Comparado<sup>163</sup>. Ora o legislador utiliza-se da técnica do estabelecimento de direito e dever genéricos (p. ex., a primeira parte do art. 225, *caput*), ora faz uso da instituição de deveres especiais (p. ex., todo o art. 225, § 1º). Em alguns casos, tais enunciados normativos podem ser apreciados como princípios específicos e explícitos (p. ex., os princípios da função ecológica da propriedade rural e do poluidor-pagador, previstos, respectivamente, nos arts. 186, II, e 225, §§ 2º e 3º)<sup>164</sup>, noutros, como instrumentos de execução (p. ex., a previsão do Estudo Prévio de Impacto Ambiental<sup>165</sup> ou da ação civil pública<sup>166</sup>). O constituinte também protegeu certos biomas hiperfrágeis ou de grande valor ecológico (p. ex., a Mata Atlântica, o Pantanal, a Floresta Amazônica, a Serra do Mar e a Zona Costeira<sup>167</sup>).

Na Constituição, há direitos, deveres e princípios ambientais (a) explícitos e implícitos, (b) substantivos e procedimentais, e (c) genéricos e específicos. São explícitos aqueles incorporados, com nome e sobrenome, na regulação constitucional do meio ambiente (a título de exemplo citem-se, novamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio poluidor-pagador, ambos previstos no art. 225). Como implícitos, há os direitos, deveres e princípios que defluem, via labor interpretativo, da norma e do sistema constitucional de proteção do meio ambiente. É o caso do dever genérico de não degradar e dos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada da propriedade.

<sup>163</sup> Na prática constitucional comparada, a previsão de direitos fundamentais e de objetivos públicos (*statements of public policy*) são as duas técnicas mais utilizadas de tutela ambiental. BRANDL, Emst; BUNGERT, Hartwin. Op. cit., p. 8.

<sup>164</sup> Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 226-236.

<sup>165</sup> Constituição da República, art. 225, § 1º, IV.

<sup>166</sup> Constituição da República, art. 129, III, e § 1º.

<sup>167</sup> Constituição da República, art. 225, § 4º.

Por outro enfoque, na Constituição, é possível localizar direitos, deveres e princípios ambientais substantivos (= materiais ou primários), além de outros que têm índole total ou preponderantemente procedimental (= instrumental). Pertencem àquela categoria os que definem posições jurídicas, qualificam o domínio ou restringem a exploração dos recursos naturais. Entre eles, interessa citar o próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de "preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais"<sup>168</sup>, para limitar-se a apenas dois exemplos. Procedimentais ou instrumentais são os que se prestam à viabilização, execução ou implementação dos direitos e das obrigações materiais, alguns com feição estritamente ambiental, outros de aplicação mais abrangente, não restritos ao campo da tutela do ambiente (p. ex., o direito à informação ou o direito a audiências públicas).

Finalmente, uma terceira perspectiva vislumbra direitos, deveres e princípios gerais e especiais (ou setoriais). Aqueles se caracterizam por sua aplicação fungível a todos os sujeitos ou campos ambientais; estes, diversamente, vêm com destinação material ou subjetiva mais definida e reduzida, ora dirigindo-se somente ao Poder Público, ora a alguns sujeitos da relação obrigacional (o minerador, p. ex.), ora, ainda, recobrando apenas partes do vastíssimo universo da proteção do meio ambiente.

O caráter ambiental de certos direitos, deveres, princípios e instrumentos por vezes é original ou direto (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou o princípio poluidor-pagador, p. ex.); por outras, derivado, reflexo ou indireto. São derivados, reflexos ou indiretos na medida em que, embora não cuidem de maneira exclusiva ou precípua do ambiente, acabam, tangencialmente ou por interpretação, por acautelar valores ambientais (direito à vida<sup>169</sup>, direito à saúde<sup>170</sup>, direito

---

<sup>168</sup> Constituição da República, art. 225, § 1º, I.

<sup>169</sup> Constituição da República, art. 5º, *caput*.

<sup>170</sup> Estabelece a Constituição que ao Sistema Único de Saúde, dentre outras atribuições, compete "participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e

de propriedade com função Social<sup>171</sup>, direito à informação<sup>172</sup>, direitos dos povos indígenas<sup>173</sup>, direito ao exercício da ação popular<sup>174</sup> e ação civil pública<sup>175</sup>, para citar alguns).

Porta-voz de direitos, obrigações, princípios, objetivos, programas públicos e instrumentos, o certo é que a norma constitucional, em todas as suas fórmulas e técnicas, conduz sempre ao mesmo objetivo: a regulação do uso dos macrobens e microbens ambientais (água, fauna, solo, ar, florestas) ou das atividades humanas propriamente ditas, capazes de afetar o meio ambiente (biotecnologia, mineração, energia nuclear, caça, agricultura, turismo).

Analisar-se-ão, agora, no âmbito da Constituição de 1988, as seguintes técnicas<sup>176</sup> – mais comuns de constitucionalização da proteção do meio ambiente: a) direitos fundamentais; b) deveres fundamentais; c) princípios ambientais; d) função ecológica da propriedade; e) objetivos públicos vinculantes; f) programas públicos abertos; g) instrumentos de implementação; h) proteção de biomas ou ecossistemas particulares.

#### *1.9. 7 Técnica dos direitos fundamentais*

Formalmente, direitos fundamentais são aqueles que, reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais<sup>177</sup>, atribuem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos uma garantia subjetiva ou pessoal.

---

utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos" (art. 200, VII – grifou-se), bem como "colaborar na *proteção do meio ambiente*, nele compreendido o do trabalho" (art. 200, VIII – grifou-se).

<sup>171</sup> Constituição da República, art. 5º, XXIII, e art. 186, II.

<sup>172</sup> Constituição da República, art. 5º, XIV e XXXIII.

<sup>173</sup> "São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à *preservação dos recursos ambientais* necessários á seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (Constituição da República, art. 231, § 1º – grifou-se).

<sup>174</sup> Constituição da República, art. 5º, LXXIII.

<sup>175</sup> Constituição da República, art. 129, III, e § 1º.

<sup>176</sup> No tema, cf. BROOKS, Richard O. Op. cit., p. 1104. BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. Op. cit., p. 1992.

<sup>177</sup> FAVOREU, Louis et al. **Droit constitutionnel**, cit., p. 780.

São variegadas as teorias jurídicas que buscam justificá-los e explicá-los, não cabendo, no espaço limitado do presente ensaio, examiná-las<sup>178</sup>.

A doutrina, de forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente nos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972. Nessa linha, para Canotilho e Moreira, o "direito ao ambiente" é um dos "novos direitos fundamentais"<sup>179</sup>, ou, nas palavras de Álvaro Luiz Valery Mirra, um "direito humano fundamental"<sup>180</sup>.

Como direito fundamental, lembra Cristiane Derani, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é "resultado de fatores sociais que permitiram e até mesmo impuseram a sua cristalização sob forma jurídica, explicitando a sua relevância para o desenvolvimento das relações sociais"<sup>181</sup>. Na doutrina, a valoração dogmática desse direito não é uniforme. Alguns o consideram "direito da personalidade e, simultaneamente, como um direito e uma garantia constitucional"<sup>182</sup>, ou seja, direito fundamental na visão da Constituição de 1988 e direito da personalidade, na perspectiva do Direito Privado. Outros o reputam,

<sup>178</sup> Para uma concisa análise dessas várias teorias, cf. BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. OD. cit., p. 9.

<sup>179</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 37. No mesmo sentido, Milaré enxerga o direito ao ambiente sadio como "um direito fundamental do indivíduo", isto é, "direito público subjetivo, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que têm, também, a missão de protegê-lo" (MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**, cit., p. 212-213). Ainda na mesma linha, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O direito ambiental e o novo humanismo ecológico. **Revista Forense**, v. 317, p. 34, 1992 ("estamos diante da novíssima terceira geração dos direitos humanos"). COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103 e "121. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 37. No Direito italiano, MEZZETTI, Luca. La "Costituzione dell'Ambiente". In: **Manuale di diritto ambientale**. Padova: CEDAM, 2001, p. 85-142.

<sup>180</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 53-58.

<sup>181</sup> DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 92.

<sup>182</sup> RAPOSO, Mário. O direito ao ambiente como direito fundamental. In: **Centro de Estudos Judiciários, Textos, Ambiente, Lisboa**, 1994, p. 115.

simultaneamente, direito e princípio, ou, ainda, encarnação de direito humano<sup>183</sup> ou de direito subjetivo<sup>184</sup> ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. De toda sorte, todas essas posições têm em comum a inclusão da proteção ambiental no plano mais elevado do caderno de direitos reconhecido aos cidadãos.

Não são poucas, nem insignificantes, as conseqüências da concessão de *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Antes de mais nada, o direito fundamental leva à formulação de um princípio da primariedade do ambiente<sup>185</sup>, no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é lícito tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível<sup>186</sup>.

Além disso, como direito fundamental, está-se diante de "direito de aplicação directa", em

sentido perceptivo e não apenas programático; vale por si mesmo, sem dependência da lei. A ulterior regulamentação ou desenvolvimento pelo legislador ordinário ajudará somente a densificar a sua exeqüibilidade. Vincula, desde logo, todas as entidades públicas e privadas<sup>187</sup>.

<sup>183</sup> Concepção esta que corre o risco de aprisionar a tutela do meio ambiente em camisa de força antropocêntrica, exceto se, ao revisitá-la, estruturalmente expandirmos a noção de direito humano para além de sua compreensão tradicional, transformando-o num direito de salvaguarda, a um só tempo, do ser humano e do meio em que vive; cf., nesse ponto, PRI-EUR, Michel. Op. cit., p. 64.

<sup>184</sup> Sobre os direitos constitucionais como direitos subjetivos, cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, cit., p. 111-162.

<sup>185</sup> Primariedade esta que, para alguns, tem sentido absoluto, conquanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado "se encontra acima de qualquer outro direito posto que diz respeito à garantia da vida" (OLIVEIRA, Helli Alves de. Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do meio ambiente. **Revista Forense**, v. 317, p. 141, 1992).

<sup>186</sup> No Direito italiano, sobre o *princípio da primariedade do ambiente* cf. CECCHETTI, Marcello. **Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente**. Milano: Giuffrè, 2000, p. 85-116.

<sup>187</sup> RAPOSO, Mário. Op. cit., p. 115. A Constituição da República, no seu art. 5º, § 1º, não deixa dúvida a esse respeito: "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Apreciando o sentido de tal dispositivo, lembra Eros Roberto Grau, com o exemplar discernimento de sempre, que "Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as

Há mais. Como direito fundamental, ao equilíbrio ecológico, atribui-se irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade<sup>188</sup>, características que, posteriormente, informarão a ordem pública ambiental e o próprio marco jurídico dorsal do Direito Ambiental brasileiro, conforme melhor será examinado em outra parte deste ensaio. A fundamentalização de direitos dessa natureza – conectados a beneficiários fragmentários (a difusidade dos sujeitos-titulares atuais), futuros (as gerações futuras), ou destituídos de voz ou estatura processual próprias (os seres vivos e os processos ecológicos essenciais) – traz consigo a presunção absoluta de que a sua existência ou afirmação independe da permanente e imediata revolta das vítimas contra as violações eventualmente praticadas. A falta de zelo dos beneficiários na sua fiscalização e defesa não afeta sua validade e eficácia, pois são verdadeiramente direitos atemporais, vacinados contra os efeitos jurídicos decorrentes, como regra, da inação das vítimas diante da prepotência dos degradadores. São direitos que se mantêm direitos, não obstante o comportamento dos seus titulares, individualmente considerados, nessa ou naquela direção.

Irrenunciabilidade, conquanto é direito que não aceita renúncia apriorística, embora conviva amiúde com a omissão de exercício e a implementação relaxada (a conhecida e corriqueira passividade da vítima ambiental e do próprio Estado). Ou, melhor, não admite que o infrator alegue direito de degradar por omissão ou até mesmo aceitação, expressa ou implícita, dos prejudicados ou de seus porta-vozes institucionais, como a Administração, as ONGs e o Ministério Público. Tal conclusão, é bom explicar, não se choca, em princípio, com os poderes normalmente outorgados aos órgãos ambientais e ao Ministério Público para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), exceto quando abdicam de obrigações ambientais principais, indo além do que seria constitucionalmente aceitável. Os TACs que, direta ou indiretamente,

---

tornando jurídica ou formalmente efetivas" (cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 250).

<sup>188</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 166.



privatizem o meio ambiente, bem como aqueles que contenham mais do que renúncia a obrigações acessórias ou concessão de benefícios temporais (p. ex., prazo razoável para a recuperação do dano causado ou para a instalação de equipamentos de controle de emissões), cruzam a linha divisória entre o admissível e o inadmissível, em matéria de padrão constitucional brasileiro.

Inalienabilidade, na medida em que, por ser de exercício próprio, é indelegável, intransferível e inegociável, pois ostenta titularidade pulverizada e personalíssima, incapaz de apropriação individual – afinal, cuida-se, para usar expressão da civilística tradicional, de *res extra commercium*. Se a apropriação é constitucionalmente coletivizada (a Constituição brasileira refere-se a "bem de uso comum do povo"), daí conclui-se que o poder de alienar não pode ser individual; melhor dizendo, nem individual, nem coletivamente, já que a qualificação supraindividual é desenhada no plano da Constituição, o que afasta inclusive eventual tentativa de desafetação ou desdestinação<sup>189</sup> indireta, por meio de acordos celebrados pelo Estado e pelo Ministério Público.

Por último, é direito imprescritível, qualidade derivada do seu perfil intertemporal ou atemporal, pois consagra entre os seus beneficiários até os incapazes de exercitarem seus direitos diretamente e mesmo as gerações futuras. Seria um despropósito defender que aquilo que não pode ser ativamente alienado, por conta de sua indisponibilidade, admita alienação passiva, em decorrência do passar do tempo. A mesma inalienabilidade que cobre o atuar positivo dos titulares também reveste o não-atuar, a omissão de reclamar.

---

<sup>189</sup> É "o ato jurídico *stricto sensu*, administrativo ou constante da lei, pelo que se desveste de sua destinação pública o bem, para fazê-lo volver à categoria de propriedade privada" (PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. t.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 451).



O direito fundamental ao meio ambiente toma para si feição ora primária (ou substantiva), ora procedimental (ou formal)<sup>190</sup>. No que se refere às estruturas normativas formais, a Constituição, ao reconhecer que a simples edição de direitos e obrigações fundamentais não assegura o quadro de tutela que se almeja, elenca direitos (e obrigações, também, como será visto) fundamentais de estirpe procedimental ou de implementação. Nunca é demais alertar que, dependendo de como a Constituição venha enquadrar e regular os procedimentos de exercício de poder, a norma constitucional, em boa medida, já estará determinando a natureza e o resultado de batalhas legislativas e administrativas futuras<sup>191</sup>.

São preceitos que se agregam, inevitavelmente, aos direitos (e aos deveres) substantivos (como a prevenção e a reparação do dano ambiental), pois esses amiúde não têm vida própria, à mercê que estão de meios e facilidades técnico-jurídicas que os realizem, seja no que se refere ao conhecimento da própria infração e do possível prejuízo (direito à informação), seja quanto à necessidade de atuar preventivamente ainda na fase administrativa (direito de participação), seja ainda no que tange à prestação jurisdicional (direito de acesso à Justiça). Como se sabe, inexiste coincidência necessária entre o destinatário do ônus nas duas categorias de direitos e deveres primários e procedimentais: assim, p. ex., o direito de informação (direito procedimental) pode atribuir, em uma dada situação, ônus ao Poder Público e não ao poluidor potencial, destinatário do dever fundamental primário de conservar o meio ambiente.

---

<sup>190</sup> Adverte Pontes de Miranda que nas Constituições "há *regras de forma*" e "*regras de fundo*" (Ibid., p. 287 – (grifo no original); poder-se-ia acrescentar, na perspectiva da proteção do meio ambiente, que há regras que estabelecem o conteúdo de direitos e obrigações ambientais e regras que determinam a forma de exercício e tutela desses mesmos direitos e obrigações.

<sup>191</sup> THOMPSON JR., Barton H. Op. cit., p. 920.

Noutra perspectiva, os direitos (e as obrigações) fundamentais podem ser classificados em positivos e negativos<sup>192</sup>: aqueles esperam um atuar afirmativo por parte do obrigado; estes, diversamente, exigem um *non facere*, uma abstenção<sup>193</sup>. Não é incomum que, no texto constitucional, apareçam, conjuntamente, ambas as modalidades, como quando do empreendedor exige-se que não degrade o meio ambiente (obrigação negativa) e que, na hipótese de fazê-lo ilegalmente, mitigue o dano e o repare (obrigações positivas).

Evidentemente, as formulações do tipo substantivo/procedimental e positivo/negativo, embora diversas em sua expressão formal, dividem o mesmo objetivo maior: assegurar a sustentabilidade das intervenções humanas no meio ambiente. Se, para fins analíticos e didáticos, tal esforço de classificação se justifica; na prática, tais direitos e obrigações constitucionais são aplicados de modo indistinto, pois o que o implementador vê na Constituição não é exatamente um jogo harmônico e asséptico de categorias jurídicas separadas, mas um feixe complexo de possibilidades que se auto-complementam e se entranham.

Na Constituição de 1988, o discurso de direito(s) aparece no *caput* do art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"<sup>194</sup>. Inserida no Título

---

<sup>192</sup> FREYFOGLE, Eric T. Op. cit., p. 161.

<sup>193</sup> Referindo-se às obrigações negativas, Jellinek, no início do século XX, já afirmava que os direitos fundamentais traduzem-se em situações ou funções que vão do *status negativus* ao *status positivus* e ao *status activus*. Na primeira categoria, temos direitos de caráter defensivo *contra* o Estado, visando resguardar certa esfera de liberdade do cidadão (direitos de primeira geração); bem mais tarde, na evolução constitucional, aparecem os direitos a uma prestação positiva (segunda geração); e, finalmente, existem os direitos que asseguram ao indivíduo a participação ativa na formação da vontade do Estado (apud FAVOREU, Louis et al. Op. cit., p. 789); cf., também, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, cit., p. 163-177.

<sup>194</sup> Sobre o meio ambiente como bem de uso comum do povo, cf. o excelente MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**, cit., p. 37-39.

"Da Ordem Social" (ao lado da seguridade social, saúde, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, família, criança, adolescente e idoso, e índios), a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é tida, entre os brasileiros, como um direito fundamental<sup>195</sup>. Lembra, corretamente, Ney de Baixos Bello Filho que se está diante de "direito fundamental, quer na dimensão real ou teórica, quer na dimensão positiva", tanto mais após 1988<sup>196</sup>. A fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional ("Todos têm direito ..." <sup>197</sup>); segundo, na medida em que o rol do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu § 2º<sup>198</sup>, não é exaustivo (direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 52); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida<sup>199</sup>, garantido no art. 5º, *caput*, reflexamente, recebe deste as bênçãos e aconchego<sup>200</sup>, como adverte a boa lição de Nicolao Dino,

<sup>195</sup> Cf., no mesmo sentido, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. cit., p. 34 ("estamos diante da novíssima terceira geração dos direitos humanos"); COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Op. cit., p. 103 e 121. No Direito italiano, cf. MEZZETTI, Luca. La "Costituzione dell'Ambiente". In: **Manuale di diritto ambientale**, cit, p. 85-142.

<sup>196</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Teoria do direito e ecologia**: apontamentos para um direito ambiental no século XXI. In: FERREIRA, Helene Sivini Ferreira; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 103. No mesmo sentido, cf. DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, cit., p. 91.

<sup>197</sup> Constituição da República, art. 225, *caput* – grifou-se.

<sup>198</sup> "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 52, § 2º).

<sup>199</sup> Na mesma linha, Demetrio Loperena Rota assevera que a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é "um direito vinculado à própria vida humana (...). O meio ambiente adequado precede logicamente ao próprio Direito: sem meio ambiente adequado não há vida humana, nem sociedade, nem Direito" (**Los principios del derecho ambiental**. Madrid: Civitas, 1998, p. 51-52); cf., também, Cristiane Derani, para quem "O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito à vida e à manutenção das bases que a sustentam", ou, por outras palavras, "O direito fundamental do meio ambiente protegido é um desdobramento do direito fundamental à vida" (Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, cit., p. 97).

<sup>200</sup> Retirar a tutela ambiental da salvaguarda vida não deixa de apresentar desafios, como já notamos, pois há de se evitar que uma vinculação tão estreita a interesses humanos imediatos não acabe, por força de um apelo utilitarista, desfigurando a própria valorização e reposicionamento que se pretende o ordenamento atribua ao meio

segundo a qual "o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida"<sup>201</sup>.

Conforme será abordado abaixo, trata-se de direito explícito e primário, nesse último caso, porque enseja o aparecimento de outros direitos, de caráter instrumental (mas nem por isso menos fundamentais), como o direito de participação nos processos decisórios e o direito de acesso à Justiça. Sua índole ambiental é original, pois se encontra no Capítulo do Meio Ambiente.

### **1.9.1. 1 Caracterização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225**

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de terceira geração<sup>202</sup>, alicerçado na "fraternidade" ou na "solidariedade". Nessa categoria, tem-se

direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta<sup>203</sup>.

Trata-se de direito, como atrás visto, com estrutura bifronte, a um só tempo negativa – associado a um *non facere* – e positiva, isto é, um direito que comanda prestações positivas do Estado e da sociedade<sup>204</sup>. É direito de exercício coletivo (art. 129, III, e § 1º), mas também individual, não se perdendo a característica unitária do bem jurídico ambiental – cuja titularidade reside na comunidade ("todos") – ao

---

ambiente (cf. GRAVELLE, Ryan K. Enforcing the elusive: environmental rights in East European constitutions. In: **Virginia Environmental Law Journal**, v. 16, 1997, p. 638).

<sup>201</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Op. cit., p. 17. Na mesma linha, Milaré defende que "(...) a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento de outro valor fundamental – o direito à vida" (MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**, cit., p. 213).

<sup>202</sup> Para uma análise das facetas geracionais dos direitos humanos, em especial quanto ao meio ambiente, cf. PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). **10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 681-694.

<sup>203</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 523.

<sup>204</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 477.

reconhecer-se um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em outras palavras, "a titularidade individual de um direito subjectivo ao ambiente não traz consigo a subversão do ambiente como bem jurídico colectivo"<sup>205</sup>.

Já se adianta que, ao revés do que se poderia imaginar, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se esgota no art. 225, *caput*, pois nesse dispositivo está apenas a sede de sua organização como direito autônomo e de caráter genérico – a mãe de todos os direitos ambientais da Constituição brasileira. No decorrer do texto constitucional, tal direito reaparece, ora como direito-reflexo (proteção da saúde, do trabalhador<sup>206</sup> etc), ora não mais como direito *per se*, mas como preceito normativo de apoio a ele (p. ex., a função ecológica da propriedade rural, no art. 186, II, já referida).

É por isso que se diz que "o artigo 225 é, na verdade, uma síntese de todos os dispositivos ambientais que permeiam a Constituição"<sup>207</sup>. Síntese que não implica totalidade ou referência única. Em rigor, os fundamentos do art. 225 não estão ilhados, pois ligam-se, de forma umbilical, à própria proteção à vida e saúde<sup>208</sup>, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana<sup>209</sup> e à funcionalização ecológica da propriedade<sup>210</sup>.

Mas quais seriam a filiação e as marcas jurídicas estruturais do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando se desce um degrau abaixo da Constituição? Evidentemente, visto sob a perspectiva da

---

<sup>205</sup> DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. Op. cit., p. 37.

<sup>206</sup> Sobre o meio ambiente do trabalho, cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2000. ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito ambiental, meio ambiente do trabalho rural e agrotóxicos. **Revista de Direito Ambiental**, v. 10, p. 106-122, abr./jun. 1998.

<sup>207</sup> FELDMANN, Fábio José; CAMINO, Maria Ester Mena Barret. Op. cit., p. 105.

<sup>208</sup> Constituição da República, art. 5º.

<sup>209</sup> Constituição da República, art. 3º. Sobre a dignidade da pessoa humana, no quadro constitucional brasileiro, cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 216-218.

<sup>210</sup> Constituição da República, art. 186, II.

Teoria Geral do Direito e do quadro infraconstitucional, não se filia, facilmente, nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, rebelando-se (não será o primeiro, nem o último), na verdade, contra tal dicotomia antiga. Tampouco é típico direito individual, não aceitando, por outro lado, a qualificação exclusiva de direito social (= econômico e social), embora, na sua implementação, encontre alguma analogia com certos direitos econômico-sociais, como, p. ex., o direito à saúde<sup>211</sup>, vocação que não passou despercebida à Constituição de 1988, que o insculpiu no Título VIU, "Da Ordem Social".

Nem direito de índole privada (entre outras razões, porque não é disponível e admite implementação coletiva pelo Estado, organismos intermediários e indivíduos), nem direito de formação completamente pública (porque sua titularidade ou mesmo representação, direta ou indireta, não é dada ao Estado, nem é este investido, com exclusividade, no poder de pô-lo em prática)<sup>212</sup>.

Na esteira do que sucede com o direito à vida e à liberdade, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, diante de sua configuração constitucional verdadeiramente indisponível e inalienável<sup>213</sup>, não pode ser, como será visto mais adiante, objeto de desdestinação, nem de mudança de destinação do uso público, "pelo qual o bem se desloca da classe dos bens de uso comum do povo para a classe dos bens de uso especial das outras entidades infra-estatais, ou vice-versa"<sup>214</sup>.

#### **1.9.1.2 Direito de todos, mas que "todos"?**

Mas dizer do direito não é o mesmo que nomear o seu titular ou beneficiário. A verbalização da norma constitucional se dá com o uso

---

<sup>211</sup> SYMONIDES, Janusz. The human right to a clean, balanced and protected environment. In: **International Journal of Legal Information**, v. 20, n. 1, 1992, p. 29.

<sup>212</sup> CHIAPPINELLI, John A. Op. cit., p. 601.

<sup>213</sup> Ibid., p. 611.

<sup>214</sup> PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 451.

do vocábulo "todos". Mas que todos? Uma primeira interpretação, restritiva, vê aí apenas os brasileiros e estrangeiros residentes no País<sup>215</sup>.

De modo diverso, parece que o melhor entendimento é aquele que garante a qualquer pessoa, residente ou não, o benefício de tal direito. Não há nisso ofensa à soberania, pois é interpretação oriunda da visão holística e universalista do meio ambiente, amparada nos tratados internacionais, ao longo dos anos, celebrados e ratificados<sup>216</sup>.

Como bem lembra Jorge Miranda, "os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas"<sup>217</sup>. Ao turista estrangeiro preso em pleno Carnaval por acaso se negará proteção contra a tortura, ou contra a aplicação de penas vexatórias? É certo que o art. 5º, *caput*, refere-se aos "brasileiros e estrangeiros residentes no País", mas tal norma há de ser interpretada em sintonia com o resto da Constituição, notadamente a proteção genérica conferida pelo art. 1º à dignidade da pessoa humana.

Igual raciocínio vale no campo ambiental. Não ampararia a norma constitucional o estrangeiro não residente, na medida em que fosse atingido pessoalmente, sofrendo, p. ex., danos ambientais? A proteção da dignidade da pessoa – assim como a tutela do meio ambiente – está para além da cidadania brasileira e postula "uma visão universalista da atribuição de direitos"<sup>218</sup>.

Numa palavra, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é daqueles reservados especificamente aos brasileiros (direito de sufrágio, ou de ser eleito Presidente), vigorando, na Constituição, o princípio da universalidade, que, para ser excepcionado,

---

<sup>215</sup> Cf., p. ex., FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

<sup>216</sup> Sobre a concepção universalista do Direito Ambiental, cf. PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Op. cit., p. 14-15.

<sup>217</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 167 (grifo no original).

<sup>218</sup> Ibid., p. 169.



requer expressão inequívoca é explícita do legislador constitucional, o que não se observa no art. 225.

Mas há outra questão que se põe na análise da expressão "todos", utilizada pelo art. 225: quis o constituinte, ao referir-se a "todos", em vez de todo ser humano, recobrir com o manto da qualificação de sujeito de direito também os outros seres vivos? Ou seja, "todos" seria igual a todos os seres vivos, humanos ou não?

Não obstante a incerteza da expressão (dubiedade essa que não se observa no âmbito dos deveres previstos nos vários parágrafos do art. 225, cada um deles dirigindo-se ao Estado e a outros sujeitos reconhecidos pelo ordenamento), a resposta, de acordo com uma abordagem literal, parece ser negativa, pois a fórmula do "todos" é empregada também, em vários pontos da Constituição, na garantia de outros direitos fundamentais que não apresentam nenhuma vocação ou necessidade de se conectarem aos componentes vivos não humanos da natureza, como quando se cuida do direito à educação<sup>219</sup>. Mas como a interpretação da norma reflete muito do que se colhe da realidade cultural, incubadora dos nossos valores éticos, quem sabe um dia se verá no "todos" do art. 225, *caput*, uma categoria mais ampla e menos solitária do que apenas os próprios seres humanos. Também é oportuno salientar, e esse tema será discutido mais adiante, que a negação de titularidade de direito a outros seres vivos não implica, automática e inevitavelmente, negação de reconhecimento de seu valor intrínseco.

A dilatação dos fundamentos éticos da proteção do meio ambiente, traço marcante do Direito Ambiental como visto hoje, ainda não logrou abertamente referendar, no patamar constitucional, o uso dessa técnica de superação do antropocentrismo reducionista; o máximo que se conseguiu foi a adoção de formas mais discretas e diluídas, mas nem por

---

<sup>219</sup> "A educação, direito de *todos* e dever do Estado e da família (...)" (art. 205 – grifou-se). Ou, ainda, no âmbito da cultura: "O Estado garantirá a *todos* o pleno exercício dos direitos culturais (...)" (art. 215, *caput* – grifou-se).



isso menos efetivas, de incorporação de um biocentrismo mitigado, como será demonstrado adiante.

É certo que, como nota Marcelo Abelha Rodrigues, em excelente monografia, a titularidade do direito em questão, pela sua complexidade, demanda uma análise mais profunda do que a simples avaliação do sentido da expressão "todos", pois é na caracterização do bem ambiental – marcado pela fórmula do equilíbrio ecológico – que será extraído do *caput* do art. 225 uma clara opção biocêntrica do legislador constitucional. Assim pensando, quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, são amplas as possibilidades de se defender que "todas as formas de vida são seus titulares"<sup>220</sup>.

#### **1.9.1.3 Meio ambiente ecologicamente equilibrado**

O art. 225, *caput*, faz referência ao "meio ambiente ecologicamente equilibrado". Trata-se de expressão cujo sentido precisa ser bem demarcado, sob pena de se perturbar a aplicação dos dispositivos constitucionais e das normas infraconstitucionais dela dependentes.

O Direito Ambiental é, notoriamente, produto de orientações científicas e éticas que recebe de outras disciplinas. Equilíbrio ecológico é uma dessas noções aceitas pela norma jurídica, no caso, a constitucional, e que, *in casu*, baseia-se na idéia de que todos os organismos vivos estão de algum modo inter-relacionados no meio ambiente natural<sup>221</sup>.

Por outro lado, cada vez mais os cientistas se dão conta de que os sistemas naturais não são tão previsíveis como dão a entender as expressões populares, do tipo "equilíbrio ecológico" ou "equilíbrio da natureza". Na verdade, o equilíbrio ecológico, no sentido utilizado pela Constituição, antes de ser estático, é um sistema dinâmico. Não é objetivo

---

<sup>220</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**, v. 1. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 61

<sup>221</sup> LAITOS, Jan G. *Natural resources law: cases and materials*. St. Paul: West Publishing Co., 1985, p. 80.

do Direito – Ambiental fossilizar o meio ambiente e estancar suas permanentes e comuns transformações, que vêm ocorrendo há milhões de anos. O que se busca é assegurar que tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, deixando que a natureza siga seu próprio curso.

Uma vez juridicizado, o equilíbrio ecológico perde sua referência científica pura, transformando-se em preocupação de interesse geral, objeto de políticas públicas – vale dizer, de intervenção do Estado – por afetar um grande número de pessoas. De toda sorte, sua compreensão não se faz por apelo a categorias jurídicas, mas por retorno permanente ao seu berço, as ciências da natureza. Já aqui começa a interdisciplinaridade do Direito Ambiental.

#### 1.9.1.4 Qualidade de vida

O art. 225, *caput*, ainda, alude à "qualidade de vida". Aliás, não satisfeita com a complexidade e a vagueza da expressão, a Constituição a qualifica, referindo-se à sadia qualidade de vida.

Qualidade de vida é noção-filhote do movimento conservacionista dos anos 60, uma espécie de complemento necessário da noção de meio ambiente<sup>222</sup>, sendo "um termo difícil de limitar ou definir"<sup>223</sup>. Nem por isso, seu apelo retórico e político perde espaço, notadamente nos trabalhos legislativos.

No caso brasileiro, a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (= sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade da vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa

---

<sup>222</sup> PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**, cit., p. 4.

<sup>223</sup> GRAD, Frank P. **Environmental law**. 3. ed. New York: Matthew Bender, 1985, p. 2.

– a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões.

#### **1.9.1.5 Paradigma ético dual do regime constitucional de proteção do meio ambiente**

O clamor por um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (para usar a expressão adotada pela Constituição) nasce, no rastro da Declaração de Estocolmo, de 1972, em formulação marcadamente antropocêntrica, como mais um componente da dignidade humana. Pouco a pouco, contudo, aspectos biocêntricos infiltram-se, com dificuldade, é certo, no Direito Ambiental brasileiro, inclusive em períodos anteriores a 1988, exatamente como se deu em regimes estrangeiros<sup>224</sup>.

Fugindo do modelo de suas antecessoras, a Constituição de 1988 não expressou uma visão cornucopiana<sup>225</sup> do mundo – os recursos ambientais já não são vistos como abundantes e, muito menos, infinitos. Talvez, aqui, esteja uma de duas razões principais para o reconhecimento constitucional e a autonomização jurídica do meio ambiente *per se*, atrás referidos. Antes, o meio ambiente não era tutelado, ou, se o era, não o era adequadamente ou para valer, exatamente porque a lógica do sistema jurídico alicerçava-se na falsa premissa da inesgotabilidade dos recursos naturais, totalmente negada pela poluição dos rios, do ar e do solo, e pela destruição acelerada da rica biodiversidade do país.

A outra tem que ver com a imagem do passado, tanto disseminada, quanto equivocada, que insistia em compreender ou tratar o meio ambiente como uma entidade robusta e invencível, capaz de se autocurar continuamente. Em sentido oposto, para o constituinte de 1988, a natureza é apreendida como uma realidade frágil, sistêmica e ameaçada pelos seres humanos (daí as obrigações), mas também pelo Estado (daí a lista de obrigações, mais específicas, a ele dirigidas).

---

<sup>224</sup> Cf. LADEUR, Karl Heinz; PRELLE, Rebecca. Environmental constitutional law, cit., p. 18

<sup>225</sup> Cornucópia, símbolo da agricultura e do comércio, era uma figura mitológica, que representava a abundância.

As transformações trazidas pela Constituição de 1988 não se restringem, é obvio, aos aspectos estritamente jurídicos, pois esses se entrelaçam com a dimensão ética, biológica e econômica dos problemas ambientais, sem falar de uma compreensão mais ampla da Terra e da natureza<sup>226</sup>. Uma Constituição é, na sua essência, um emaranhado de atributos e valores éticos. Não seria diferente com o meio ambiente.

Na perspectiva ética, a norma constitucional, por refletir a marca da transição e do compromisso, incorporou aspectos estritamente antropocêntricos (proteção em favor das "presentes e futuras gerações", p. ex., mencionada no art. 225, *caput*) e outros com clara filiação biocêntrica (p. ex., a noção de "preservação", no *caput* do art. 225). Esse caráter híbrido, em vez de prejudicar sua aplicação e efetividade, salpica de fertilidade e fascínio o labor exegetico.

O certo é que a Constituição, exatamente por inserir-se em época de superação de paradigmas, apóia-se, de uma só vez, em padrões antropocêntricos, biocêntricos e até ecocêntricos. Antes de levar a "conclusões despropositadas"<sup>227</sup>, tal postura está em perfeita harmonia com o conhecimento científico sobre a natureza e os seus elementos.

O (mitigado) antropocentrismo constitucional de 1988, que convive com expressões de inequívoco biocentrismo e ecocentrismo, traz o símbolo da equidade ou solidariedade intergeracional, ligada, de modo umbilical, ao que Konder Comparato apelida de "civilização comunitária"<sup>228</sup>. Exatamente por entender que "esse enfoque, conquanto

---

<sup>226</sup> "A terra é azul", exclamou Yuri Gagarin, primeiro homem a entrar em órbita da Terra, em 1961. A visão do planeta à distância como um globo azul, integral e frágil, causou impacto mundial, pois reforçou o sentimento de que pertencíamos a um único mundo. Sentimento este que foi acompanhado pela "crescente consciência da necessidade de se responsabilizar por ele" (LENCIONI, Sandra. **Região e geografia**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 148), não mais como espaço humano delimitado e regido pelos marcos do direito de propriedade e das fronteiras políticas.

<sup>227</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, cit., p. 17.

<sup>228</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, cit., p. 16.

relevante, não é suficiente para compreender-se e aceitar-se a promoção do meio ambiente como um bem jurídico fundamental"<sup>229</sup>, o constituinte fez embeber, no texto da Constituição, dispositivos claramente dotados de filiação não antropocêntrica.

O hibridismo constitucional, mais do que accidental, até que poderia ter sido intencional. Pretendeu o legislador fazer uma ponte entre o "buraco negro" constitucional anterior e um modelo futuro, hoje só aventado, onde a natureza assumisse, por inteiro, seu merecido papel central no ordenamento jurídico? Mais do que revolução, o salto – ele próprio gigantesco – aqui pode ser caracterizado como evolução natural do pensamento jurídico-filosófico brasileiro.

Em outras palavras, o constituinte desenhou um regime de direitos de filiação antropocêntrica temporalmente mitigada (com titularidade conferida também às gerações futuras), atrelado, de modo surpreendente, a um feixe de obrigações com beneficiários que vão além, muito além, da reduzida esfera daquilo que se chama de humanidade. Se é certo que não se chega, pela via direta, a atribuir direitos à natureza, o legislador constitucional não hesitou em nela reconhecer valor intrínseco, estatuinto deveres a serem cobrados dos sujeitos-humanos em favor dos elementos bióticos e abióticos que compõem as bases da vida. De uma forma ou de outra, o paradigma do homem como *prius* é irreversivelmente trincado.

Tampouco aqui ocorreu uma inovação totalmente sem precedentes, quando se coteja o quadro constitucional de 1988 com os precedentes estrangeiros e até mesmo com o sistema infraconstitucional brasileiro anterior. O art. 225 não se lança solitário nos intervalos de soluços do ordenamento; mas é, ao revés, resultado de evolução, lenta e discreta, da nossa forma de relacionamento com a natureza e do tratamento que o Direito lhe atribuía.

---

<sup>229</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Op. cit., p. 17.

Muitas vezes, a condição humana leva à auto-imposição de responsabilidades de cunho não contratualista (= sem reciprocidade), inclusive em favor da natureza. Os humanos têm a capacidade de reconhecer que os outros seres vivos e os processos ecológicos essenciais não estão nos confins remotos da existência, o que leva a estender a eles o mesmo regime legal, inclusive por mandamento constitucional.

Essa humildade ética, mas também jurídica, aceita que a natureza antecedeu os seres humanos e pode existir sem eles e depois deles. Isso explica a insatisfação com a simples proteção, legal ou constitucional, dos elementos da biosfera considerados úteis. Propõem-se, assim, soluções mais integradas, mais ecologicamente equilibradas, que valorizam a interdependência jurídica das várias dimensões do meio ambiente – ar, solo, água, flora e fauna – bem como os processos que compartilham. Assim procedendo, evitam-se medidas legislativas que, por desconhecerem ou desprezarem o caráter sistêmico da natureza, acabam por transferir a degradação de um meio (como a água) para outro (como o ar ou o solo). Nessa mesma linha, deve-se aceitar que a interdependência ambiental não é estancada por fronteiras políticas ou administrativas e pode exigir soluções regionais ou até globais para a degradação que a todos afeta<sup>230</sup>.

### **1.9.2 Técnica dos deveres fundamentais**

Quando se fala em proteção constitucional da biosfera e de seus processos essenciais, a primeira categoria de que se lembra é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cartão de visita do constitucionalismo ecologicamente reformado. Ora, tão importante - mas pouco explorada em comentários – é a previsão de deveres constitucionais direcionados à tutela ambiental, em favor dos próprios cidadãos e futuras gerações, ou ainda da própria natureza.

---

<sup>230</sup> KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Manual of European Environmental Law**, cit., p. 36.

Embora direitos e deveres sejam concepções (normalmente) correlatas, o discurso dos direitos, tão festejado na doutrina, por vezes, paradoxalmente, sensibiliza menos o implementador (e, portanto, é menos efetivo) do que o discurso dos deveres, fato que talvez explique a menor dificuldade de aplicação prática e direta destes em relação àqueles. No universo da implementação judicial real, a linguagem dos direitos, apesar de sua força retórica e dogmática, parece carregar cogência ou vinculação mais frágil do que as fórmulas que se utilizam de deveres.

Nesse campo do discurso de deveres, é bom advertir, não se está referindo apenas a deveres correlatos a direitos previamente estatuídos pelo legislador, isto é, obrigações deduzíveis ou derivadas de direitos outorgados previamente. Ao contrário, o legislador exprime-se por meio da decretação de obrigações diretas, que ocupam, por assim dizer, o centro do palco, e a partir das quais se reconhecem poderes aos implementadores e beneficiários para fazê-las valer. Tais deveres ora encontram nos indivíduos ou coletividade seus destinatários, ora direcionam-se ao Poder Público<sup>231</sup>, isto é, ao Estado em todas as suas formas de manifestação<sup>232</sup>.

A Constituição de 1988 impõe ao Poder Público e aos particulares um "caderno de encargos", para usar a expressão de Canotilho e Moreira<sup>233</sup>. Nela, é possível identificar um dever geral de não degradar (= núcleo obrigacional), além de deveres derivados e secundários, de caráter específico, listados no § 1º do art. 225. São deveres de cunho *welfarista*, na medida em que tomam por base um

---

<sup>231</sup> "Poder Público é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas" (SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**, cit., p. 49 – grifou-se), verticalmente nos três níveis da federação (União, Estados e Municípios) e horizontalmente nos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário); cf., ainda, IHERING, Rudolf von. **El fin en el derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 154-158.

<sup>232</sup> Especificamente sobre os deveres das "Unidades da Federação", cf. CUSTÓDIO, Helita Barreira. **A questão constitucional**: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competência legislativa concorrente. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão, função ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 133-136.

<sup>233</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 39.

modelo de Estado intervencionista, ao qual são atribuídas claras e novas responsabilidades no jogo antigo da degradação ambiental.

Nem sempre, como dito acima, os deveres ambientais do art. 225 e de outros dispositivos da Constituição Federal ostentam a mesma titularidade obrigacional. Por exemplo, o dever de informar pode ser, em determinada situação, ônus do Poder Público e não do futuro poluidor, enquanto noutras hipóteses pode haver coincidência de posições jurídicas.

De toda sorte, impende realçar que a construção de um mundo sustentável é tarefa que não cabe inteiramente ao Estado, só dele exigível<sup>234</sup>. Ao contrário, os deveres associados a essa mudança de paradigma devem ser cobrados de qualquer pessoa, em especial dos agentes econômicos. Daí que não basta dirigir a norma constitucional apenas contra o Estado, como fazem certos países, pois a defesa do meio ambiente há de ser dever de todos, aliás, como bem disposto no art. 225, tônica acertada, pois se afasta do modelo político do liberalismo, fundado na cisão Estado-sociedade civil<sup>235</sup>. Em especial no art. 225, fica clara essa opção legislativa do constituinte, que, ao tratar da questão ambiental, reconhece a "indissolubilidade entre Estado e sociedade civil"<sup>236</sup>. A tutela ambiental não é um daqueles valores sociais em que basta assegurar uma liberdade negativa, orientada a rejeitar a intervenção ilegítima ou o abuso do Estado. Além de ditar o que o Estado não deve fazer (= dever negativo) ou o que lhe cabe empreender (= dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de que só assim chegará à sustentabilidade ecológica.

#### 1.9.2.1 Classificação e categorias de deveres ambientais

---

<sup>234</sup> FREYFOGLE, Eric T. Op. cit., p. 163.

<sup>235</sup> Sobre o relacionamento Estado-sociedade civil, cf. ROSENBLUM, Nancy L.; POST, Robert C. (eds.). **Civil society and government**. Princeton: Princeton University Press, 2002. SELIGMAN, Adam B. *The idea of Civil society*. New York: The Free Press, 1992.

<sup>236</sup> DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, cit., p. 95.



O texto constitucional brasileiro estatui, a um só tempo, deveres substantivos e instrumentais, genéricos e específicos, expressos e implícitos, todos igualmente relevantes, vinculantes e herdeiros das qualidades da a temporalidade de sua exigibilidade e da transindividualidade de seus beneficiários.

Noutra perspectiva, as obrigações fundamentais podem ser classificadas em negativas e positivas. Vive-se um tempo que, cada vez mais, demanda governabilidade afirmativa<sup>237</sup>, o que impõe desenhar deveres tanto negativos (= *non facere*, isto é, uma abstenção) como positivos (= *facere*). Não é incomum que, na vida prática, apareçam ambas as modalidades de forma conjunta, como quando do empreendedor se exige que não degrade o meio ambiente (obrigação negativa) e que, na hipótese de fazê-lo, contrariando as normas de conduta existentes, mitigue e repare a degradação eventualmente causada (obrigações positivas).

É possível agrupar os deveres ambientais encontrados na Constituição da República em quatro categorias.

Primeiro, no *caput* do art. 225, encontra-se uma obrigação explícita, genérica, substantiva e positiva de defesa e preservação do meio ambiente, ("impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo").

Além disso, o texto constitucional forjou uma obrigação genérica, substantiva e negativa, mas implícita, de não degradar o meio ambiente, também abrigada no *caput* do art. 225. Em ambos os casos, está-se diante de deveres *erga omnes*, em que são co-obrigados, indistintamente, o Poder Público, os indivíduos e a coletividade.

Em terceiro lugar, existe, ainda, um conjunto amplo de deveres explícitos e especiais do Poder Público, independentemente de ser

---

<sup>237</sup> TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**, cit., p. 16.

ele degrada-dor ou não, dispostos no art. 225, *caput*, e § 1º, injunções que são bastante detalhadas, em oposição a dispositivos semelhantes encontrados em Constituições estrangeiras, caracterizados pela sua vagueza<sup>238</sup>. O intuito do constituinte, aqui, foi afastar qualquer dúvida sobre a índole cogente das determinações dirigidas a todo o Estado, na sua posição bifronte de legislador e de implementador administrativo e judicial do ordenamento. Do legislador, espera-se que aprove novas leis e aperfeiçoe as existentes, vedada a redução das garantias ambientais; do Poder Judiciário, uma enérgica e rápida aplicação da lei e interpretação conforme a melhor solução de proteção do meio ambiente.

Por último, há um leque de deveres explícitos e especiais, exigíveis de particulares ou do Estado (art. 225, §§ 2º e 3º), em que este passa a ocupar a posição de degradador potencial ou real (como minerador, p. ex.).

#### **1.9.2.2 O Estado como sujeito degradador e sujeito de controle da degradação**

A estrutura do art. 225 demonstra uma profunda desconfiança do constituinte com a capacidade e a vontade política do Poder Público no resguardo do meio ambiente. Não sem razão. Admitindo, como preceitua Odete Medauar, que "a atuação rotineira da Administração é um dos elementos reveladores da efetividade das normas constitucionais na vida da sociedade"<sup>239</sup>, ninguém duvidará, por pouco que conheça o Brasil, que uma de suas marcas mais visíveis era – e, infelizmente, talvez ainda seja – o desinteresse do Poder Público pela sorte do meio ambiente, mesmo quando os impactos ambientais reverberavam diretamente na saúde humana, valor jurídico que várias Constituições anteriores à de 1988 já protegiam. Olhando assim, "a atuação rotineira da Administração" brasileira é um espelho inequívoco que revela a falta de efetividade das normas constitucionais de tutela da saúde ambiental e do próprio

---

<sup>238</sup> BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. Op.cit., p. 78

<sup>239</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Infamais, 1998, p. 49.

ambiente. Um Estado metamorfoseado em ator polivalente no processo de degradação ambiental haverá mesmo de inspirar desconfiança nos administrados e naqueles que se importam com a sorte do meio ambiente.

Pelo menos três formas de participação estatal na destruição ambiental podem ser identificadas<sup>240</sup>. De um lado, o Poder Público causa degradação direta do meio ambiente – é o Estado empreendedor; ele próprio envolvido sozinho ou em associação, na construção de empreendimentos degradadores, como hidrelétricas, hidrovias, rodovias, aeroportos, portos e assentamentos rurais (= Estado degradador agente). Entretanto, na maioria dos casos o papel do Estado é mais discreto, na modalidade de degradador indireto, p. ex., quando comissivamente apóia ou legitima projetos privados, seja com incentivos tributários e crédito, seja com a expedição de autorizações e licenças para poluir (= Estado degradador-conivente). Uma terceira modalidade de degradação ambiental estatal, também enviesada e dissimulada, só que por omissão, aparece quando o Estado despreza ou cumpre insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da legislação ambiental (= Estado degradador-omisso), fraquejando na exigibilidade de instrumentos preventivos (EPIA-RIMA, p. ex.) ou na utilização de mecanismos sancionatórios e reparatórios. As razões, para tanto, são as mais variadas, indo da cooptação ao estrangulamento por falta de recursos financeiros, técnicos e humanos, da incompetência técnica à debilidade de vontade política.

O detalhamento, e até a enumeração pleonástica das missões indelegáveis do Estado, têm, pois, sua razão de ser. Ao atribuírem-se a ele obrigações afirmativas, colima-se impossibilitar o seu retorno à situação de hibernação ambiental, própria do modelo liberal. Para tanto, parece ser insuficiente a nomeação do que se veda ao Estado ou a organização de genéricas obrigações positivas. O constituinte vai além,

---

<sup>240</sup> BROOKS, Richard O. Op. cit., p. 1065.

dedicando-se a apontar, minuciosamente, ações e atividades que devem ser empreendidas pelo Poder Público. O padrão do não-fazer só parcialmente atende aos objetivos da ordem pública ambiental e do Estado de Direito Ambiental.

O objetivo, portanto, do art. 225, § 1º, é um só: por meio de "cláusulas vinculativas da ação do Poder Público"<sup>241</sup>, pretende-se retirar o Estado, pela força do destaque e da clareza das obrigações afirmativas estatuídas, da atmosfera de *laissez-faire* ambiental a que estava acostumado, exigindo, além disso, uma atuação positiva pró-ambiente, de sorte a expurgá-lo da conhecida dormência, que parece ser sua vocação natural, quando confrontado com fenômenos massificados, complexos e de alta conflituosidade. Tudo isso sem prejuízo dos deveres genéricos explicitados no *caput* do art. 225, que incidem sobre a conduta de qualquer degradador, e dos demais deveres formulados nos parágrafos subseqüentes e em outros segmentos da Constituição.

São deveres que se agregam às missões primárias e próprias dos vários órgãos da Administração Pública; mais do que obrigações incidentes ou acessórias, vislumbram-se verdadeiros deveres-pressuposto, cujo descumprimento é capaz de contaminar o *iter* administrativo de outra forma impecável e de invalidar seu resultado, implicando, para o administrador – como partícipe da degradação do meio ambiente –, responsabilidades pessoais (disciplinar, penal e civil), sem falar das conseqüências no terreno da improbidade administrativa<sup>242</sup>. Não é só a dicção da norma que indica sua imperatividade ("incumbe ao Poder Público"), mas também o fato de que a própria Constituição se encarrega de esclarecer, como lembra Alexandre de Moraes, "que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores,

---

<sup>241</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Op. cit., p. 124.

<sup>242</sup> No tema, cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 17, p. 112-122, jan./mar. 2000.

peças físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"<sup>243</sup>.

Na efetivação das normas constitucionais ambientais que têm como destinatário o administrador público, não se pode desprezar o poder preventivo (= *deterrence*) das sanções administrativas, civis e penais. Impecável a lembrança de Ney de Barros Bello Filho, quando diz que

ainda que não trazendo a recomposição do dano ambiental causado no caso em que se aplica a lei, a imposição de sanções ao ímprobo acarretará, certamente, a prevenção de outros tantos atentados ao meio, pois os atos administrativos danosos ao meio ambiente deixaram de ser praticados à vista de uma sanção certa e inafastável<sup>244</sup>.

Os deveres atribuídos aos particulares e ao Poder Público, inclusive os derivados do poder regulamentar e de polícia, nada têm de retóricos, podendo, não há dúvida, ser exigidos "judicialmente na hipótese de omissão em agir"<sup>245</sup>. Não fosse assim, qual seria o sentido de estatuí-los na Constituição, com dicção que não deixa margem de dúvida sobre sua exigibilidade imediata e direta?

### 1.9.3 Técnica dos princípios

A técnica dos princípios é amplamente utilizada pelas Constituições modernas, em todos os campos<sup>246</sup>. Não cabe, aqui, discorrer sobre a autoridade dos princípios na ordem jurídica. Basta dizer que a doutrina, na sua unanimidade, considera-os blocos estruturais dorsais na composição do ordenamento. No Direito Ambiental e nas outras disciplinas

---

<sup>243</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 680.

<sup>244</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, v. 18, p. 78, abr./jun. 2000.

<sup>245</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 177.

<sup>246</sup> Sobre os princípios na Constituição de 1988, cf. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, cit., p. 23-43.

de elaboração recente, "os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos"<sup>247</sup>.

Não é incomum que os princípios ambientais sejam acolhidos e batizados expressamente nos textos constitucionais – princípios da precaução e poluidor-pagador, p. ex., no Tratado da União Européia<sup>248</sup> ou narecente *Charte de l'Environnement* francesa, de 2005. Em outros casos, são deduzidos ou deduzíveis da norma constitucional. Num e noutro caso, é possível que princípios recém-chegados à Constituição estejam em fase inicial de emergência ou, ainda, em franco estado de evolução, daí o esforço maior que se exige do intérprete na sua apreensão e aplicação<sup>249</sup>.

A Constituição de 1988 congrega um leque de princípios ambientais, que ora são expressos ou implícitos, ora gerais ou especiais, ora substantivos ou procedimentais. Assim, tem-se, na Constituição brasileira, dentre outros, o princípio da primariedade do meio ambiente, o princípio da explorabilidade limitada da propriedade (e dos recursos naturais), o princípio do uso sustentável dos recursos naturais, o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador, o princípio do usuário-pagador e o princípio da função ecológica da propriedade. De todo o sistema, e não apenas do art. 225, extrai-se o princípio da precaução.

Direitos fundamentais e princípios de mesma estirpe convivem na atmosfera constitucional. Como lembra acertadamente Cristiane Derani, "é possível verificar que os direitos fundamentais revelam-se simultaneamente no texto normativo como princípios"<sup>250</sup>.

Entre os princípios expressos (e genéricos), cabe mencionar o princípio do poluidor-pagador e os princípios da função ecológica da

---

<sup>247</sup> MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 132.

<sup>248</sup> Cf. art. 174.

<sup>249</sup> HOWARD, A. E. Dick. Op. cit., p. 406.

<sup>250</sup> DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, cit., p. 99. No mesmo sentido, Alexy, para quem, "independentemente da precisão de sua formulação, os direitos constitucionais são princípios" (ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**, cit., p. 388, posfácio).

propriedade e da defesa do meio ambiente, referidos no art. 170, VI, verdadeiros realizadores do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas atividades econômicas<sup>251</sup>.

#### 1.9.4 Técnica da função ecológica da propriedade

Atrás vimos que um dos benefícios da elevação do meio ambiente ao plano constitucional é a ecologização, expressa ou implícita, do direito de propriedade<sup>252</sup>. Algumas Constituições (Colômbia<sup>253</sup> e Brasil<sup>254</sup>, p. ex.), não satisfeitas em estabelecer direitos e obrigações fundamentais afeitos à tutela do meio ambiente, modificam, de forma direta, a função social da propriedade, que, tradicionalmente, já era usada como fonte legitimadora dos esforços legislativos, administrativos e judiciais de salvaguarda da natureza<sup>255</sup>.

No caso brasileiro, o texto de 1988 reconheceu, a exemplo dos anteriores, o direito de propriedade, mas impôs limites constitucionais (intrínsecos e extrínsecos<sup>256</sup>) de duas ordens.

Primeiro, agregando ao direito de propriedade a exigibilidade do cumprimento de uma função social<sup>257</sup>. Aqui, nenhuma inovação quanto

<sup>251</sup> DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, cit., p. 100.

<sup>252</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A propriedade no direito ambiental: a dimensão ambiental da função social da propriedade, cit.

<sup>253</sup> "A propriedade é uma função social que implica obrigações. Como tal, lhe é inerente uma função ecológica" (Constituição de 1991, art. 58).

<sup>254</sup> Constituição da República, art. 186, II.

<sup>255</sup> Sobre a ecologização da propriedade, cf. BENJAMIN, Antônio Herman. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. In: **Instituto O Direito por um Planeta Verde: 5 anos após a ECO-92**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997, p. 11-36.

<sup>256</sup> Sobre os limites internos e externos do direito de propriedade, cf. BENJAMIN, Antônio Herman. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 67-69.

<sup>257</sup> Sobre função social da propriedade e meio ambiente, cf. Antônio Herman. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente, cit., GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 17, p. 160-178, jan./mar. 2000. MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. Função social da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos



à Carta de 1969. Na doutrina, a função social é vista como princípio de controle da propriedade, que, conforme salienta magistralmente Eros Roberto Grau,

impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta a título de concreção do poder de polícia<sup>258</sup>.

Segundo, e agora de modo original, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social básica, introduziu uma função ecológica autônoma, que deve ser cumprida necessariamente pela propriedade, sob pena de perversão de seus fins, de sua legitimidade e de seus atributos<sup>259</sup>. É exatamente nesses termos que se expressa o art. 186:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...) II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

### 1.9.5 Técnica dos objetivos públicos vinculantes

Por vezes, a voz do constituinte surge por intermédio de objetivos públicos vinculantes a serem seguidos pelo Estado na formulação e na aplicação de suas Políticas Públicas, de qualquer tipo. Assim, p. ex., a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

### 1.9.6 Técnica dos programas públicos abertos

---

Tribunais, 1993, p. 146-151. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, v. 9, p. 67-85, jan./mar. 1998.

<sup>258</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 250 (grifos no original). Sobre o poder de polícia, cf., dentre outros autores nacionais, MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, cit., p. 346-357.

<sup>259</sup> Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente, cit., p. 11-36.

No caso brasileiro, a vocação do constituinte não foi exatamente por programas públicos abertos, vistosos na roupagem e pobres na implementação, por serem orientações não vinculantes. De toda sorte, típica manifestação de programa público aberto, há no art. 225, § 1º, VI, quando o legislador diz esperar que o Poder Público promova "a conscientização pública para a preservação do meio ambiente"<sup>260</sup>.

A esse respeito, vale lembrar que a ausência de auto-aplicabilidade em certos dispositivos constitucionais não os condena ipso facto à irrelevância perante os tribunais, pois eles podem utilizá-los na interpretação de normas infraconstitucionais ou na revisão de atos da Administração. Ou seja, dizer que uma norma constitucional não é *self-executing* "não significa que necessariamente não tenha nenhum efeito"<sup>261</sup>.

### 1.9.7 Técnica dos instrumentos

A Constituição prevê vários instrumentos ambientais, como áreas protegidas (art. 225, § 1º, III), licenciamento ambiental (art. 225, § 1º, V), Estudo Prévio de Impacto Ambiental (art. 225, § 1º, IV), sanções penais e administrativas (art. 225, § 3º) e responsabilidade civil pelo dano ambiental (art. 225, §§ 2º e 3º)<sup>262</sup>.

### 1.9.8 Técnica dos biomas e áreas especialmente destacados

Finalmente, a Constituição, sem prejuízo da tutela que confere a todos os biomas brasileiros, ressaltou alguns que, ao ver do constituinte, reclamam maior atenção do legislador, do administrador e do Judiciário.

---

<sup>260</sup> Sobre a conscientização ambiental, vide: CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito à educação ambiental e à conscientização pública. **Revista de Direito Ambiental**, v. 18, p. 38-56, abr./jun. 2000.

<sup>261</sup> HOWARD, A. E. Dick. The indeterminacy of constitutions, cit., p. 409.

<sup>262</sup> Cf., dentre outros, BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 9, p. 5-52, jan./mar, 1998.

São nomeados como patrimônio nacional<sup>263</sup> o Pantanal, a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar e a Zona Costeira.

### **1.10 Ordem pública ambiental constitucionalizada e Estado de Direito Ambiental**

Poucas expressões aparecem tão freqüentemente em textos legislativos e decisões judiciais como "ordem pública". Embora seu campo de aplicação seja tentacular, e venha merecendo estudos aprofundados no Direito estrangeiro, a ordem pública guarda certo grau de mistério<sup>264</sup>, tanto maior quando o seu uso invade novos territórios, como o ambiental.

A Constituição de 1988 instituiu uma verdadeira ordem pública ambiental<sup>265</sup>, que conduz o Estado de Direito Social e o modelo político-econômico que adota<sup>266</sup> a assumirem a forma de Estado de Direito Ambiental.

A ambientalização constitucional dessa ordem pública e do Estado de Direito, embora concentrada no art. 225, aparece espalhada no espaço da Constituição, com destaque para os arts. 5º, XXII e XXIII, 20, II a VII, 21, XIX, 22, IV, 23, VI e VII, 24, VI a VIII, 26, 1, 170, VI, 184, § 2º, 186, II, e 200, VII e VIII.

Ordem, porque se atribui organicidade, coerência interna, coercitividade externa e direção finalística; ordem, porquanto integra em um só sistema determinações negativas (de não-fazer) e imposições positivas (de fazer); ordem, finalmente, pois que indica a imposição de limites estatais, que colimam curar a desordem derivada do exercício abusivo das chamadas liberdades privadas, em especial daquelas associadas ao direito de propriedade e à livre iniciativa, referidos,

---

<sup>263</sup> Constituição da República, art. 225, § 4º. O propósito introdutório do presente ensaio não nos permite tratar aqui dos efeitos desse dispositivo.

<sup>264</sup> VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. **L'ordre public**: étude de droit compare interne. Paris: PUF, 2001, p. 11.

<sup>265</sup> Sobre o tema da ordem pública ambiental, cf. PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**, cit., p. 56-57.

<sup>266</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 286.

respectivamente, nos arts. 5º, XXII, e 170, *caput*, da Constituição. Tal desordem produz, historicamente, um rastro de vítimas – o trabalhador, o consumidor e, naquilo que interessa aqui, o meio ambiente.

A ordem é pública porque instituída em favor de todos e contra todos, não sendo ditada pelo mercado ou pela autonomia da vontade individual (ordem privada). Pública, ainda, porquanto exprime um conjunto de regras jurídicas de interesse público "aplicáveis de ofício" pelo juiz<sup>267</sup>.

A ordem pública é ambiental, já que não está mais – exclusivamente – conectada aos elementos ou componentes pulverizados da natureza (como as florestas, fauna ou águas), mas dotada de enfoque holístico e autônomo, em que os fragmentos são apreciados e salvaguardados a partir do todo. Ordem ambiental<sup>268</sup>, assim, substitui a desordem ecológica, subproduto do vazio constitucional, que marcava as Constituições anteriores.

Tal ordem pública ambiental, por estar constitucionalizada e atrelada a todos os bens e atividades, impõe a reversão do princípio civilístico/administrativo tradicional, segundo o qual os dispositivos interventivos na liberdade da indústria e do comércio são sempre de interpretação e aplicação restritivas. No sistema vigente, consequência da malha constitucional construída, a orientação, ao revés, é no sentido de que, na hipótese de exegese de norma ambiental infraconstitucional duvidosa, ou mesmo na omissão de regramento específico da atividade econômica, buscar-se-á, sem exceção, a referência ao dever genérico de defesa e preservação do meio ambiente (art. 225, *caput*) e aos princípios da primariedade do meio ambiente, da função ecológica da propriedade e da explorabilidade limitada da propriedade (e dos recursos naturais), matriz que deve sempre levar a entendimento que propicie a melhor e

---

<sup>267</sup> PONTES DE MIRANDA, Op. cit., p. 116.

<sup>268</sup> Sobre ordem ambiental, no campo constitucional brasileiro, COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Op. cit., p. 102-105.

mais eficaz salvaguarda do "meio ambiente ecologicamente equilibrado", bem tido como essencial à sadia qualidade de vida<sup>269</sup>.

Resultado do regime ambiental em vigor, na forma de ordem pública constitucionalizada, o ordenamento ordinário e regulamentar fica igualmente colorido pelo tom da publicização, outorgando-se às normas de Direito Ambiental um evidente caráter público (o que não é propriamente novidade), na exata medida em que se está diante de regulação jurídica de interesse basilar da coletividade e do Estado, ao inverso do que, classicamente, dava-se com dispositivos destinados à proteção de relações entre particulares, como nos direitos de vizinhança, sob a égide do Código Civil.

Os mecanismos privados e tradicionais, pré-constitucionais, de controle da degradação ambiental (se é que assim, amplamente, se poderia chamá-los) são ontológica e ideologicamente diversos dos que se filiam ao Direito Ambiental, porquanto não se estabelecem e operam de modo organizado e publicamente orientados, na forma de uma ordem pública ambiental. No máximo, vislumbra-se, neles, uma excepcional e circunstancial publicização da ordem privada que, por ser errática e vir de fora para dentro, produzia alterações cosméticas e de difícil implementação. Como força externa (em relação ao feixe de direitos tradicionalmente associados à propriedade), por isso mesmo, era considerada espúria pelo Direito Privado, verdadeira besta a ser controlada e domada. Não surpreende que, em tais bases, a publicização mantivesse, na essência, intocáveis os atributos originais e primordiais das relações privadas.

Agora, ao contrário, não se está diante de simples releitura da ordem privada, a partir de um conjunto externo e incerto de vetores públicos, mas de admissão de uma ordem privada que se submete a uma

---

<sup>269</sup> NEURAY, Jean-François. **Introduction générale, in l'actualité du droit de l'Environnement**: actes du colloque des 17 et 18 novembre 1994. Bruxelles: Bruylant, 1995, p. 21.

ordem pública hierarquicamente superior, sob o império de mandamentos e limites preambular e constitucionalmente fixados. A alteração é profunda, pois significa colocar o público-ambiental não como limite externo ao privado-ambiental, mas como pressuposto norteador da própria estrutura, legitimidade e funcionamento da exploração dos recursos naturais, resultado da posição logicamente antecedente e constitucionalmente prevalente do regime público.

O ponto focal do Direito Ambiental e da ordem pública ambiental não é o amparo à propriedade individual, mas a proteção do meio ambiente para todos<sup>270</sup>, os de hoje (= gerações presentes) e os de amanhã (= gerações futuras). No modelo clássico, a possibilidade de buscar a ordem da (pseudo) tutela é baseada na desordem dos beneficiários da proteção, já que vedada a representação coletiva do meio ambiente perante as instâncias administrativas e judiciais. Na ordem pública ambiental, ao oposto, a desordem implementadora é substituída por um sistema integrado e multifacetário, que cumula democratização do domínio ambiental (= bem de uso comum do povo) com coletivização da representação do meio ambiente, na fórmula do um por todos (ação popular ambiental) ou do vários por todos (ONGs, na ação civil pública ambiental, conforme a Lei n. 7.347/85).

### **1.11 Ordem pública ambiental e abominação do direito adquirido de poluir**

Afirmou-se, acima, ao se tratar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que o discurso ambiental da Constituição de 1988 tem, na atemporalidade da sua aplicabilidade e na transindividualidade dos seus beneficiários, uma das suas mais marcantes características. Isso porque na base do regime de ordem pública ambiental, introduzida pelo constituinte, dá-se uma dupla transformação do paradigma dominial do meio ambiente. Nos termos do art. 225, *caput*,

---

<sup>270</sup> WOOLF, Sir Harry. Are the judiciary environmentally myopic? In: **Journal of Environmental Law**, v. 4, n. 1, 1992, p. 4.

que proclama ser o meio ambiente de todos e de ninguém em particular, o legislador desmercantilizou os valores ambientais, colocando-os na simbiótica posição de *res communis omnium* e *res extra commercium*, imunes à apropriação individual<sup>271</sup>.

Considerando o meio ambiente, na visão constitucional, como "bem de uso comum do povo" e essencial à sadia qualidade de vida, é possível extrair diversas consequências jurídicas e práticas, merecendo quatro delas maior atenção: a inapropriabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a inexistência de direito adquirido, todas já mencionadas, quando se abordou a fundamentalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao dizer ser o meio ambiente bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, quis o legislador assegurar a inapropriabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade<sup>272</sup> e sua ojeriza à alegação de direito adquirido à poluição anterior, pois não há direito contra o Direito, muito menos contra a Constituição. É clássica a regra de que "Os bens públicos de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas, praças, pontes, viadutos) são inapropriáveis"<sup>273</sup> e, se inapropriáveis, também inalienáveis, pois a ninguém é lícito dispor daquilo que não lhe pertence. Essa máxima ganha contornos mais rígidos e claros na norma constitucional de tutela do meio ambiente.

De outra parte, imprescritíveis são todos os bens ambientais constitucionalmente resguardados, querendo-se "com esta expressão significar que os bens públicos - sejam de que categoria forem - não são suscetíveis de usucapião"<sup>274</sup>, ou de qualquer outra forma de apropriação

---

<sup>271</sup> Cf., no mesmo sentido, LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**, cit., p. 81.

<sup>272</sup> Cf., quanto à indivisibilidade, extrapatrimonialidade, inalienabilidade e indisponibilidade, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**, cit., p. 61.

<sup>273</sup> PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 133 (grifo no original).

<sup>274</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 754 (grifo no original).



forçada do seu todo, de parte do todo, ou de qualidades do todo. Por gozarem de inalienabilidade originária e constitucional, repousa sobre eles também a imprescritibilidade dos bens públicos<sup>275</sup>. A afirmação é de fácil verificação: "se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição"<sup>276</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, tem-se, diante da letra clara da Constituição, ser impossível a desafetação ou desdestinação<sup>277</sup> do meio ambiente, pois sua afetação para o uso comum, além de natural, é imposição constitucional, que não pode ser contestada, sem violação-frontal do art. 225, *caput*. Pelas mesmas razões, não se admite a mudança de destinação ao uso público, "pelo qual o bem se desloca da classe dos bens de uso comum do povo para a classe dos bens de uso especial das outras entidades infra-estatais, ou vice-versa"<sup>278</sup>.

Tal inalienabilidade originária e imprescritibilidade não convivem, absolutamente, com a alegação de direito adquirido. No ordenamento jurídico brasileiro pós-1988, inexistente direito adquirido a poluir. Sendo assim, não há falar em direito à indenização por se exigir o estancamento da poluição, mesmo quando a Administração ou o Judiciário se utilizam do remédio extremo do fechamento definitivo da atividade. A Constituição, por estar no cimo da escala hierárquica da pirâmide do sistema, "não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela", devendo toda a ordem jurídica "ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar

---

<sup>275</sup> Sobre a imprescritibilidade, cf. MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 265.

<sup>276</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 501.

<sup>277</sup> Nas palavras de Bandeira de Mello: "*Afetação* é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como *desafetação* é a sua retirada do referido destino (...). A *afetação ao uso comum* tanto pode provir do destino natural do bem, como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, praças, quanto por lei ou por ato administrativo que determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 752 (grifo no original).

<sup>278</sup> PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 451.

as normas que se não conformem com ela"<sup>279</sup>. Ora, se as próprias normas se curvam e se submetem ao mandamento constitucional, não seria razoável deixar que as práticas econômicas que o hostilizam permaneçam inalteradas e infensas às suas determinações.

### **1.12 Técnicas redacionais, auto-aplicabilidade e implementação das disposições constitucionais**

De pouco adianta legislar para não aplicar a lei ou para aplicá-la de forma irregular, esporádica e soluçosa. A implementação é um dos grandes desafios das normas ambientais, em especial as constitucionais. Como ressalta Michel Prieur, a "efetividade do Direito Ambiental está longe de ser assegurada"<sup>280</sup>, com o que se obriga o repensar do próprio sentido da juridicização do meio ambiente, inclusive constitucional.

Certamente não é preciso, nem se deseja, um Direito Ambiental simbólico, robusto na forma, mas que enguiça na prática. Regras jurídicas, tomadas em si mesmas, lembra Bruce Ackerman, "são coisas sem vida – marcas no papel que não controlam, nem limitam"<sup>281</sup>. Realmente, a promulgação de um texto constitucional avançado não garante sua efetividade<sup>282</sup>, nem assegura que o Poder Público modificará suas práticas e tradições, inclusive de omissão, ou que os destinatários privados da norma a levarão em conta nas suas decisões econômicas. É permanente o receio de que os dispositivos constitucionais se transformem em simples "argumentos retóricos"<sup>283</sup>, como bem adverte Edésio Fernandes.

---

<sup>279</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 45-46 (grifo no original).

<sup>280</sup> PRIEUR, Michel. Op. cit., p. 969.

<sup>281</sup> ACKERMAN, Bruce. **We the people: transformations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, p. 416.

<sup>282</sup> Sobre a efetividade das normas constitucionais, cf. BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Especificamente quanto à proteção do meio ambiente, vide: FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**, cit., ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 42-44.

<sup>283</sup> FERNANDES, Edesio. Op. cit., p. 283.

O art. 225, com referência à sua auto-aplicabilidade, não é homogêneo. Contém disposições que apresentam eficácia plena (pelo menos naquilo que dizem), enquanto outras são estruturadas com núcleos eficazes (= núcleos duros), mas que flutuam em comandos de eficácia limitada. Finalmente, numa terceira categoria, há dispositivos inteiramente abertos, à espera de complementação legal ou regulamentar, que lhes dê força executória.

De toda sorte, assiste razão a Paulo de Bessa Antunes, quando, ao se referir especificamente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirma que sua consagração no art. 225, *caput*, é de eficácia plena e não necessita "de qualquer norma subconstitucional" para que opere seus efeitos, motivo pelo qual é exigível sua tutela "perante o Poder Judiciário, mediante todo o rol de ações de cunho constitucional, tais como a ação civil pública e a ação popular"<sup>284</sup>. Aí estaríamos diante de um daqueles direitos constitucionais completos, para usar a expressão de Alexy<sup>285</sup>.

É útil recordar que nem sempre a expressão "na forma da lei" indica total e absoluta ausência de restrição constitucional ao desempenho das funções públicas (executiva, legislativa e judicial) e ao exercício das atividades econômicas. Em realidade, é comum, no discurso formal da Constituição, que o afrouxamento inerente ao evasivo "na forma da lei" seja antecedido de pré-acertos rigorosos e incontornáveis – os núcleos duros, já referidos –, assim enunciados com o intuito de configurar e limitar de antemão a latitude do atuar legislativo ordinário, ou, ainda, orientar a realização da prestação jurisdicional, bem como comportamentos contemporâneos da Administração Pública e dos próprios particulares, até na ausência de legislação. Em outra perspectiva, "na forma da lei" é sinal portador de dever irrefutável de legislar, seja por lei *stricto sensu*, seja por ato de cunho regulamentar.

---

<sup>284</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 43.

<sup>285</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, cit., p. 159.

Portanto, ao contrário do que se escuta na voz estridente daqueles que pretendem ver o texto constitucional como simples figurante no universo mais amplo do ordenamento, as normas do art. 225, como regra, não têm caráter programático, mesmo quando tingidas pela locução "na forma da lei". Só um juízo *ad hoc* permite ao intérprete, atento à organização interna da norma e à sua inserção no resto da Constituição, discernir o coeficiente programático ou de auto-eficácia (= capacidade de implementação direta) da articulação normativa.

De toda sorte, conhecendo bem a má vontade dos sujeitos públicos e privados em relação à aplicação das normas constitucionais, o constituinte, em acréscimo a dispositivos que não deixam dúvida sobre a sua auto-aplicabilidade e atento ao fato de que "a Constituição, isoladamente considerada, não desencadeia nenhum processo de mudança social"<sup>286</sup>, trouxe um rol de instrumentos processuais, alguns aqui já referidos, destinados a viabilizá-las, na hipótese de descumprimento.

### 1.13 Considerações finais

Não são singelos os frutos que se esperam da Constituição, pois, com ela, pretende-se, por meio de fórmula técnico-jurídica, controlar – ou, talvez, menos ambiciosamente, apenas organizar – os conflitos humanos. É indubitado que, como afirma Bruce Ackerman, "enquanto vivermos, não haverá escapatória para a luta pelo poder"<sup>287</sup>. Na medida em que lhe cabe reger esta luta pelo poder (político, mas também por recursos naturais), o papel da norma constitucional é deveras gigantesco. Se o legislador não regula, os conflitos se acirram; se regula, os preceitos correm o risco de não serem aplicados ou de perecerem, passivos e estupefatos, diante da reação de poderosos interesses econômicos e políticos.

---

<sup>286</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 299.

<sup>287</sup> ACKERMAN, Bruce. **Social justice in the liberal state**. New Haven: Yale University Press, 1980, p. 3.

Felizmente, sempre haverá a possibilidade (ou seria utopia?) de que, superados os estágios mais bárbaros da evolução humana, os cidadãos vejam, na Constituição, mais do que um documento de intenções e retórica inocente, mas um verdadeiro guia implementável, capaz de conduzir, mesmo que seja em processo lento e gradual, a uma sociedade livre, justa e solidária, organizada na forma de um Estado Democrático de Direito, no modelo advogado pelo art. 1º da Constituição brasileira de 1988.

Historicamente, a natureza, valorizada como recurso natural ou vista como óbice à geração de riqueza e emprego, vem sendo uma das principais vítimas diretas ou colaterais dessa "luta pelo poder". Não é de surpreender que assim seja, pois não se poderia esperar comportamento mais atencioso com ela do que aquele que os seres humanos reservam aos seus semelhantes. Realmente, quem não é capaz de valorizar e preservar a vida de sua própria espécie, certamente estará surdo à voz da razão que conclama à proteção dos outros seres vivos não humanos e das bases ecológicas.

Nada disso parece desestimular ou assustar o constituinte moderno. Não é por outra razão que as Constituições trazem muito de otimismo, de esperança de mudança e de renovação de conceitos e de padrões de convivência. Antes de mais nada, a Constituição é um testemunho de fé na capacidade humana de progresso. É nesse quadro que se deve aquilatar a constitucionalização da proteção do meio ambiente, nela se enxergando um avanço ético-jurídico mensurável não só pela análise formal das normas, mas também pela prática constitucional.

Que se acuse a Constituição de 1988 de tudo, menos de que, para usar as palavras de Pontes de Miranda, "muito se legislou e legisla para se retocar; pouco para se resolverem problemas"<sup>288</sup>. Os avanços

---

<sup>288</sup> PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 222.

ético-jurídicos nela estatuídos, ao proteger a natureza, são numerosos e inegáveis. Sem pretender sumariá-los, chama a atenção a autonomização jurídica do meio ambiente, o tratamento jurídico-holístico da natureza, o reconhecimento, ao lado da dimensão intergeracional, de valor intrínseco aos outros seres vivos e ao equilíbrio ecológico, a ecologização do direito de propriedade e a instituição dos princípios da primariedade do meio ambiente e da exorabilidade limitada dos recursos naturais, para citar alguns pontos mais expressivos.

Ultrapassada a fase da formulação dogmática constitucional, o desafio agora é a boa compreensão e implementação da norma. Não será fácil. Os brasileiros – e, infelizmente, nesse ponto, não estão sozinhos – são reféns de uma interpretação excessivamente retórica da norma constitucional. Para piorar, prisioneiros da tradição civilística, ainda se usa, como referência diária, o Código Civil, aplicando a Constituição apenas no preenchimento de lacunas ou omissões do Direito Privado.

Elaborar a Constituição de 1988 foi uma festa de cidadania, um momento de celebração nacional, após anos de ditadura. Agora, com seu texto na mão, é hora de aplicá-la. Razão assiste a Bonavides quando adverte que "A tarefa medular do Estado social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la"<sup>289</sup>. Aqui, infelizmente, a tradição do fato consumado é suficiente para afastar a norma constitucional, por mais clara e inequívoca que se mostre. No campo ambiental (liberação de OGMs sem licenciamento ambiental), ou em qualquer outro, é injustificável a troca da força normativa da Constituição pela força normativa dos fatos, sejam eles econômicos, sejam técnicos; sejam úteis, sejam inúteis, sejam geradores de emprego, sejam não geradores de emprego. "Os factos

---

<sup>289</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 162.

inconstitucionais continuarão a ser realidade inconstitucional, por mais reiterados que sejam"<sup>290</sup>.

Em 1982, dez anos depois da Conferência de Estocolmo e outros dez antes da ECO-92, Paulo Affonso Leme Machado, num incontido lamento estampado na primeira edição do seu *Direito ambiental brasileiro*, escreveu que quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 1/69, o tema do meio ambiente "ainda estava tomando corpo nas preocupações cívicas"<sup>291</sup>. Hoje, passados mais de vinte anos desse desabafo acadêmico, há uma Constituição plenamente sintonizada com a "preocupação cívica" da degradação ambiental; mas, infelizmente, tal mensagem ainda não transbordou o núcleo constitucional e inundou a prática empresarial, legislativa e administrativa do país. Tempos melhores virão, não se duvida.

---

<sup>290</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 47 (grifo no original).

<sup>291</sup> LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**, cit., p. 6.